Università degli Studi della Tuscia

Dipartimento di Studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

Corso di Dottorato di Ricerca in Diritto dei mercati europei e globali.

Crisi, diritti e regolazione – XXXVI ciclo

Tesi di dottorato

La "resa" del *Tatbestand* nella genesi del *procedimento* e del *processo* rilasciati dalla Riforma Cartabia

Diritto Penale - ius 17

Tutor	Coordinatore del corso	Dottorando
Prof. Carlo SOTIS	Prof.ssa Rosa RUGGIERO	Antonello MADEO

A.A. 2023/2024

INDICE SOMMARIO

ABSTRACT 1

INTRODUZIONE 2

CAPITOLO I 4

LE RAGIONI DELLA RICERCA 4

1. Il dilemma posto dai *case studies* 4

1.1. Segue … Il persistente problema della punibilità della colpa degli esercenti le professioni sanitarie: dalla legge Balduzzi alla proposta Matone. 7

1.2. Segue … Ultima chiamata per l'abuso d'ufficio: l'abrogazione. 10

1.3. Le statistiche rese dagli uffici giudiziari di Roma e l'Aquila. 12

2. L'indagine sui meccanismi di selezione dei fatti penalmente rilevanti a seguito della Riforma Cartabia 22

CAPITOLO II 30

LA RILEVANZA DEL FATTO NELLA GENESI DEL PROCEDIMENTO: LA NOTIZIA DI REATO. 30

1.1. Le questioni sul tappeto 30

1.2. Le modifiche in materia di iscrizione della notizia di reato operate dall'art. 1 comma 9 lett. p) della L. 134/2021 34

2.1. La precisazione dei presupposti per l'iscrizione nel registro 335 c.p.p. 37

2.1.1. La notizia di reato: "consistenza" e "contenuto" 40

2.1.1.1. Segue. La *notitia criminis* nel codice Rocco 46

2.1.1.2. Segue. La notizia di reato nel codice Vassalli 47

2.1.2. La finalità di soddisfare le esigenze di garanzia, di certezza, di uniformità delle iscrizioni. 53

2.1.2.1. Segue. La (non più differibile) necessità di riformare la notizia di reato: le prassi illegittime in materia di iscrizioni rilasciate dal Codice del 1988 53

2.1.2.2. Segue. Le deviazioni dal modello normativo in materia di iscrizioni 56

3. La notizia di reato rilasciata dal D. Lgs. 150/2022 59

3.1. Iscrizione oggettiva 61

3.1.1. Segue. La rappresentazione di un fatto 64

3.1.2. Segue…determinato 67

3.1.3. Segue. …non inverosimile. 68

3.1.4. Segue…riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice 70

3.1.5. Segue. Cenni sulla superfluità delle circostanze di tempo e di luogo del fatto 74

3.2. Iscrizione soggettiva: gli indizi a carico 75

4. Riflessioni conclusive 78

CAPITOLO III 87

LE «RAGIONEVOLI PREVISIONI DI CONDANNA» QUALE FILTRO NELLA GENESI DEL PROCESSO 87

1. Premessa. 87

SEZIONE I 93

LE ORIGINI DELLA NUOVA FORMULA 93

1.3. Le ragioni "strutturali" della inefficacia dell'udienza preliminare (e della richiesta di archiviazione) 93

1.4. Segue. Gli epiloghi decisori rilasciati dal codice Vassalli. 94

1.5. Segue. Il primo "giro di vite": la soppressione della "evidenza" mediante la legge 105/1993. 99

1.6. Segue. L'introduzione della formula dubitativa ad opera della legge 479/1999 (c.d. legge Carotti) 101

1.7. Le conseguenze: l'inefficienza e l'inefficacia della richiesta di archiviazione (a monte) e della udienza preliminare (a valle) quale filtro delle imputazioni azzardate. 104

1.8. Segue. Il trascurabile non esercizio dell'azione penale. 105

1.9. Segue. L'incapacità drenante dell'udienza preliminare. 109

1.10. L'iter legislativo delle "ragionevoli previsioni" di condanna. 111

1.11. Segue. L'antenato delle ragionevoli previsioni di condanna: «gli elementi acquisiti non sono sufficienti al fine della condanna» (art. 115 disp. att. c.p.p. nel progetto preliminare del codice Vassalli). 112

1.12. Segue. "Le ragionevoli previsioni di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio" (D.D.L. n. A.C. 2435 del 13.3.2020 Bonafede). 114

1.13. Segue. Gli «elementi tali da determinare la condanna» (Relazione finale della Commissione Lattanzi al D.D.L. A.C. 2435). 116

1.14. Segue. La legge 134 del 2021: *Le ragionevoli previsioni di condanna* (modifica alla proposta della Commissione Lattanzi). 119

1.15. Il testo finale recepito dal D. lgs. 150/2022. 121

SEZIONE II 127

LE RAGIONEVOLI PREVISIONI DI CONDANNA NELLA RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE, NELL'UDIENZA PRELIMINARE, NELL'UDIENZA PREDIBATTIMENTALE 127

1. Gli elementi strutturali della nuova regola. 127

1.1. Segue. Le ragionevoli 128

1.1.1. Cenni sulla ragionevolezza nel diritto. 128

1.2. Segue....Previsioni 135

1.2.1. Interpretazione e "prevedibilità degli esiti". 136

1.2.2. La determinatezza epistemologica della prevedibilità. 139

1.3. Segue...di condanna... 142

1.3.1. Cenni sullo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio. 143
1.3.2. Modelli di prevedibilità della condanna. 147
2. Le ragionevoli previsioni di condanna in sede di richiesta di archiviazione: una regola di comportamento/valutazione per il P.M. 149
2.1. Il momento diagnostico: le evidenze raccolte a seguito di indagini complete. 157
2.2. L'empirismo prognostico: il ragionevole esito positivo del dibattimento. 163
3. Le ragionevoli previsioni di condanna in sede di udienza preliminare: una regola di giudizio. 174
3.1. Segue. L'analisi valutativa dello stato di idoneità degli atti investigativi nella loro sintomaticità dimostrativa (diagnosi), anche a seguito dell'esercizio dei poteri istruttori integrativi. 184
3.2. Segue. La previsione ragionevole sull'evoluzione potenziale degli stessi ma ai fini della condanna (prognosi). 191
4. Le ragionevoli previsioni di condanna nella udienza predibattimentale. 197
4.1. Segue. Cenni sull'istituto. 197
4.2. Segue. Una diagnosi (prognostica ma) "affievolita". 200
4.3. Segue. Il momento prognostico. 203
SEZIONE III 208
POSSIBILI SCENARI 208
1. La "probabilità" logica come strumento di verifica razionale delle decisioni. 208
1.1. Segue. A proposito di *legge scientifica* e *causalità*. 213
1.2. Segue. La probabilità. Cenni. 215
2. Il ragionamento probatorio finalizzato alla verifica razionale della sussistenza delle ragionevoli previsioni di condanna rappresentato graficamente. 218
3. Alla ricerca di un criterio minimo: isolare i casi di condanna "*impossibile*", "*altamente improbabile*" ovvero "*possibile ma non probabile*" quale punto di equilibrio certo tra *efficienza* e *ragionevolezza*. 219
4. Un incentivo alla efficacia della riforma (culturale): meccanismi di controllo sulla capacità del magistrato di non essere irragionevole nelle previsioni di condanna. 226
4.1. Segue. L'etica del magistrato ovvero il rapporto tra conoscenza e potere. 226
4.2. Segue. L'incidenza della *capacità* sulla valutazione di professionalità del magistrato nella disciplina antecedente alla riforma Cartabia. 230
4.3. Segue. La riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario. 235
5. Conclusioni: l'opportunità di includere, tra le "gravi anomalie" in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi, la mancanza di ragionevolezza nelle previsioni di condanna. 237
BIBLIOGRAFIA 241

Il mio ringraziamento va anzitutto ad Ale e Pigi, i quali – ciascuno a modo suo – mi hanno sopportato e quindi supportato in questa sfida un po' folle. Il dottorato di ricerca solitamente si affronta in età giovanile, quando si è freschi di laurea e la capacità di recepire nuove nozioni va di pari passo con la disponibilità del tempo necessario alla speculazione. Per me arrivare al traguardo è già una soddisfazione – dopo quasi venti anni di insegnamento a contratto nell'Università - tali e tante essendo state le difficoltà fronteggiate lungo questo performante percorso dottorale.

Riconoscenza e devozione sono poi verso il mio tutor, Prof. Carlo SOTIS, la cui raffinatezza intellettuale ed autorevolezza dommatica sono state per me motivo di inimmaginabile crescita e ragione di continuo confronto su temi che pur non mi erano del tutto ignoti.

Ringrazio l'ufficio di Presidenza del Tribunale di Roma – e segnatamente il dott. Stefano CUCCUMINO – e la Procura della Repubblica di Roma – nella persona del Procuratore aggiunto Stefano PESCI - per la ostensione dei dati statistici relativi ai flussi dei procedimenti per abuso d'ufficio e colpa medica presso gli uffici giudiziari di Roma.

Profonda gratitudine anche nei confronti della Presidenza del Tribunale de l'Aquila – e segnatamente della Presidente dott.ssa Alessandra ILARI – e della Procura della Repubblica de l'Aquila – nella persona del Procuratore dott. Michele RENZO - per la ostensione degli analoghi dati statistici con riferimento agli uffici giudiziari aquilani.

Ringrazio infine il direttore del Centro per l'Innovazione Tecnologica e lo Sviluppo del Territorio dell'Università della Tuscia, prof. Giuseppe CALABRÒ.

ABSTRACT

Sempre più spesso la funzione di garanzia del Tatbestand *viene insidiata da una realtà prasseologica che denota – nonostante gli sforzi del legislatore di licenziare fattispecie altamente selettive – un inaccettabile scollamento tra il numero esorbitante di fatti iscritti quali notizie di reato (e quindi l'avvio di un procedimento penale), il numero esiguo di fatti che superano il vaglio dell'udienza preliminare (e quindi l'avvio di un processo), l'ancor più ridotto numero di fatti che giungono alla fase dibattimentale, ed il trascurabile numero di fatti che epiloga in una sentenza di condanna.*

È quanto si osserva nell'abuso d'ufficio e nella colpa degli esercenti le professioni sanitarie, la cui (presunta) ineffettività della fattispecie avrebbe dato luogo ai fenomeni della burocrazia difensiva e della medicina difensiva, tanto da avere spinto il legislatore a modificarne di continuo la struttura, fino a proporne l'abrogazione (per l'art. 323 c.p.) o la non punibilità se non in casi gravi (per l'art. 590 sexies c.p.). Il trend più recente non segna inversioni di tendenza, come dimostra l'indagine statistica condotta su due uffici giudiziari distrettuali ma assai diversi per dimensioni (Roma e l'Aquila).

Siamo però sicuri che il problema derivi dalla incapacità della fattispecie di filtrare i fatti meritevoli di entrare nel processo? O piuttosto è un problema che riguarda il corretto utilizzo dei meccanismi di selezione dei fatti da parte dei magistrati?

La soluzione all'interrogativo – se esiste – passa necessariamente attraverso la disamina delle rilevanti modifiche introdotte dal D. Lgs. 150/2022 in chiave efficientista negli snodi nevralgici della genesi del procedimento e del processo, che dimostrano ancora una volta come non si possa più continuare a considerare paralleli, ma tangenti, il diritto penale sostanziale e processuale, e sembrano volgere verso un nuovo principio: la "meritevolezza del procedimento".

All'esito di questo percorso proveremo a comprendere se e quanto "rende" ancora il Tatbestand quale filtro, o se per caso all'orizzonte non emerga un rito simil inquisitorio, fondato sul constare de corpore delicti.

INTRODUZIONE

La ricerca si muove secondo un ideale percorso logico, che trae origine – capitolo 1 - da un dilemma: la eccessiva forbice che si osserva tra il numero di procedimenti iscritti e numero di procedimenti definiti con sentenza di condanna per alcune ipotesi di reato previste da fattispecie apparentemente selettive e sufficientemente descrittive (come l'abuso d'ufficio e la colpa degli esercenti le professioni sanitarie, ma il problema potrebbe porsi anche per i maltrattamenti in famiglia), è dovuta all'incapacità del *Tatbestand* di filtrare i fatti meritevoli di procedimento e quindi di punizione? La fattispecie penale non è più lo strumento in grado di assicurare la legalità delle imputazioni e quindi la selezione dei fatti penalmente rilevanti? O piuttosto – come accadeva nel processo inquisitorio - si parte da una ipotesi di reato, a seguito del "corpo rinvenuto" e si lavora *ex post* per trovare poi gli elementi dell'imputazione? Per riscontrare l'attualità dei dati da tempo in circolazione su abuso d'ufficio e colpa degli esercenti le professioni sanitarie, abbiamo espletato una indagine statistica, prendendo come parametro due uffici giudiziari, entrambi distrettuali ma con dimensioni e quindi carichi di lavoro affatto diversi: Roma e l'Aquila. L'esito della parte empirica e la introduzione, da parte della riforma Cartabia, di nuovi meccanismi di selezione dei fatti rilevanti nel processo – che distinguiamo come momento genetico del *procedimento* rispetto al momento genetico del *processo* - ha determinato una virata della nostra indagine nei meandri del rapporto tra fatto tipico e processo rilasciato dal D. Lgs. 150/2022.

Il capitolo 2 è così dedicato alla rilevanza assunta dal fatto tipico nella "genesi del procedimento", ovvero quella relativa all'assunzione della dimensione processuale del fatto tipico sostanziale, la notizia di reato, le cui modifiche vengono scandagliate in lungo e largo per capire "quanto fatto" serve per poter iscrivere nel registro degli indagati alla luce della riforma Cartabia. Dopo aver rapidamente posto le tematiche più spinose, rilevato le criticità irrisolte della notizia di reato dal codice Rocco alla riforma, e rappresentato le distorsioni applicative da parte del P.M. poste a base della indifferibilità della riforma, proporremo un'esegesi del nuovo art. 335 c.p.p., per poi indicare una possibile soluzione che contemperi la funzione di filtro della fattispecie e la necessità di iscrivere la notizia di reato, per svolgere le indagini preliminari secondo le rigide scansioni temporali introdotte dal D. Lgs. 150/2022. Il dato che emerge indizia per la necessità di diversamente intendere il principio di obbligatorietà dell'azione penale - oggi più che mai temperato – e per valorizzare il ruolo dei registri, e segnatamente il c.d. modello 45, destinato ai fatti non costituenti reato e più duttile da maneggiare nelle more della piena emersione della *notitia criminis*.

Il capitolo 3 è invece dedicato all'indagine sul ruolo assunto dal fatto tipico nella "genesi del processo", circostanza che suggerisce di articolare il lavoro in tre sezioni, sul cui sfondo si staglia la diade efficienza/ragionevolezza.

Così, nella sezione I vengono rappresentate le origini della formula *ragionevoli previsioni di condanna*, con la quale il riformatore ha sostituito il criterio dell'*idoneità dell'accusa a sostenere il giudizio* in fase di archiviazione e di udienza preliminare, introducendo peraltro una inedita udienza predibattimentale. Vengono poi passate in rassegna le modifiche che la formula risolutiva delle regiudicande dubbie – mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova - ha subìto dalla introduzione del Codice Vassalli ad oggi, al fine di comprendere come si è giunti all'attuale formulazione della norma; segue la rassegna delle conseguenze dell'inefficacia dell'udienza preliminare e della archiviazione, testimoniata da risultati statistici impietosi, che hanno di fatto obbligato il legislatore della Cartabia ad intervenire per rendere efficaci gli istituti.

La sezione II ha invece ad oggetto la scomposizione analitica degli elementi strutturali della nuova formula e l'esegesi delle ragionevoli previsioni di condanna nella richiesta di archiviazione, nel dibattimento e nell'udienza predibattimentale, caratterizzate da una assonanza più terminologica che contenutistica. La formula infatti, consta di due matrici, diagnostica e prognostica, mai perfettamente sovrapponibili l'una all'altra, e distinte per le singole fasi, che proveremo a rappresentare anche mediante diagramma.

La sezione III infine propone possibili rimedi alla difficoltà di standardizzare i parametri di giudizio che il P.M., il GUP e il Giudice della predibattimentale devono utilizzare per ritenere sussistenti le ragionevoli previsioni di condanna, e quindi non archiviare o prosciogliere. Il primo – che chiameremo criterio minimo – attraverso l'utilizzo delle metodiche già sperimentate nella giustizia predittiva in ambito di colpa, tende ad isolare alcune fattispecie nelle quali sotto il profilo prognostico la condanna è impossibile e quindi è sicuramente irragionevole mandare il fascicolo a giudizio dibattimentale. Il secondo invece propone di sensibilizzare i magistrati ad un corretto uso delle nuove formule, facendo rientrare nelle "gravi anomalie" che incidono negativamente sulle valutazioni di professionalità - specie alla luce della riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario – il non corretto utilizzo della ragionevolezza nelle previsioni di condanna.

Alla fine di questo percorso potremo avere un quadro più completo sulla resa del tatbestand, e magari avere offerto un contributo allo studio del rapporto tra norma e fatto nel processo rilasciato dalla riforma Cartabia.

«non esiste alcuna legge di cui il giudice possa essere
meramente la bocca senza esserne in parte anche la mente»
MONTESQUIEU

CAPITOLO I

LE RAGIONI DELLA RICERCA

1. Il dilemma posto dai *case studies*.

La nostra indagine trae origine da un interrogativo: si può ancora affermare che la costruzione astratta del fatto tipico – con i suoi elementi strutturali – si pone concretamente quale guida in grado di garantire il rispetto del principio di *frammentarietà* e quindi una selezione dei fatti sussumibili alla fattispecie?[1] Oppure, al contrario, si assiste ormai ad una costruzione processuale[2] del fatto tipico che "esonda" rispetto alle indicazioni di cui alla fattispecie, che dovrebbero in teoria circoscrivere l'area della punibilità?[3]

[1] Non appare superfluo ricordare – con A. GARGANI (1), *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Le origini della tipicità penale, Giuffrè 2007, pag. 103 - che «…l'espressione fattispecie (Tatbestand) - con cui oggi si identifica la descrizione legale ed astratta del reato - è emersa solo alla fine del XVIII secolo, allorquando l'esigenza di fissazione legale dell'illecito delittuoso trovava espressione nella valenza di tutela della sfera di libertà individuale. Del tutto sconosciuta al diritto pre-moderno era la funzione politica del diritto (penale sostanziale) che, a partire dall'illuminismo, è stata assegnata alla descrizione legislativa dei tipi di reato ed alla determinazione della pena minacciata. L'affermazione del principio nullum crimen sine lege comporta conseguenze ed implicazioni per l'operato del legislatore e dell'organo giudiziario pressochè ignote nell'età del diritto comune: ci si riferisce naturalmente al principio di tassatività (divieto di analogia), al principio di determinatezza ed al principio di irretroattività. A siffatti principi, di ispirazione garantistica, si contrappongono nel diritto comune, il ricorso generalizzato all'analogia e la vaghezza ed indeterminatezza della stragrande maggioranza delle fattispecie di reato…».

[2] A. GIULIANI - *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, 1971, pag. 241 – osserva come «la funzione selettiva, di valutazione, attualmente riferita alla quaestio iuris, risulta invece, nelle concezioni probatorie medievali, compenetrata nella quaestio facti, ovvero nella ricostruzione fattuale. L'accertamento giudiziario e la valutazione del fatto coincidevano: la selezione dei fatti giuridicamente rilevanti avveniva nel momento della loro prova, senza una regola prefissata».

[3] Come ricorda Carlo SOTIS C. SOTIS (1) - *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in Indice Penale, n. 2/2017, pagg. 468 e ss. - la tipicità penale è un indefettibile requisito della fattispecie legale, ma non si identifica con quest'ultima, in quanto l'accezione della tipicità non si esaurisce in quella di predeterminazione legale degli elementi del fatto; non possiamo infatti trascurare nelle premesse che il fatto ed il suo accertamento si distanziano dalla fattispecie e dalla sua interpretazione. E questa storia in fondo è proprio quella dell'emersione del concetto astratto

La questione chiave trae origine da quanto si osserva in alcune fattispecie – che assurgono al ruolo di *leading cases* – quali la colpa degli esercenti le professioni sanitarie (art. 590 *sexies* c.p.) e l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), in ordine alle quali emerge come, nonostante lo sforzo del Legislatore di produrre norme caratterizzate da specificità, persista una notevole discrasia tra il numero di procedimenti iscritti in fase di indagini preliminari ed il numero di procedimenti che esitano in sentenze di condanna[4].

Tra gli effetti negativi di tale trend si annoverano anzitutto i costi in termini di efficienza a carico del sistema giustizia – che deve comunque istruire i procedimenti, a prescindere dall'epilogo – e personali a carico degli indagati e imputati, la cui iscrizione nel registro degli indagati genera, oltre al fastidio derivante dalla gogna "fisiologica" del procedimento[5], ostacoli alla progressione di carriera e conseguenze alla salute. Non meno trascurabili poi, in termini di costo per il buon funzionamento della sanità e della pubblica amministrazione, le conseguenze derivanti dalla *medicina difensiva*[6] (nella colpa medica), dalla *burocrazia difensiva*[7] (nell'abuso d'ufficio), e dalla *giustizia difensiva* (iscrizioni per abuso d'ufficio nei confronti di magistrati), che condizionano pesantemente la serenità professionale dei soggetti coinvolti[8].

> Per *medicina difensiva* si intende l'atteggiamento del medico che, per evitare di essere ritenuto responsabile di *malpractice*, compie e dispone tutta una serie di attività ed accertamenti, inutili e costosi, esclusivamente per poter dimostrare, in caso di evoluzione negativa della patologia del paziente, di aver fatto tutto quanto necessario per evitare l'esito infausto (medicina difensiva positiva)[9]; oppure "rifiuta" pazienti, atti chirurgici o pratiche mediche

di fatto, che parte dai fatti concreti e dalla loro narrazione per selezionare quelle ricorrenze considerate caratterizzanti per costruire dei tipi. È la storia che porta a separare accertamento e interpretazione, fatto e diritto. In altre parole, è niente di meno che la storia della modernità giuridica e della separazione tra processuale e sostanziale. Quindi occorre avere presente che è coerente con questa storia se il concetto di fatto che occorre avere a mente per risolvere i problemi processuali sia diverso dal concetto di fatto che occorre avere a mente per risolvere i problemi sostanziali.

[4] C. SOTIS (3) - *Efficienza (in diritto penale),* in Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Milano, 2022, pag. 1467 – osserva come «la vicenda dell'abuso di ufficio in questo è paradigmatica: il delitto, nella formulazione del 1997 era sufficientemente tipico in punto di capacità selettiva delle condanne, ma ha mostrato una radicale incapacità a selezionare i procedimenti penali per abuso di ufficio. Insomma: abbiamo delle fattispecie in grado di selezionare le condanne, molto meno l'esercizio dell'azione penale e pochissimo i procedimenti penali. Il tema è centrale nelle riforme della giustizia attualmente in cantiere, lasciandosi qui intendere che molta strada occorre ancora fare per affinare gli strumenti, a partire dalla tipicità penale, adoperabili in funzione di filtraggio "a monte" di quella che chiamerei "meritevolezza di procedimento"».

[5] V. MANES, *La "giustizia penale mediatica": "effetti perversi" sul piano sostanziale*, Studi in onore di Carlo Enrico PALIERO, Milano, 2022, pagg. 633-663.

[6] F. D'ALESSANDRO, *Contibuti del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg., 2014, 927.

[7] C. CUPELLI (1), *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in Sistema Penale, 23.1.2023.

[8] P. PIRAS (1), *La riforma Cartabia per prevenire la "sindrome clinico-giudiziario". A proposito d'indizi e d'iscrizione nel registro degli indagati, in* Sistema Penale 8.2.2023.

[9] Con ciò non riferendosi, evidentemente, ai casi nei quali la patologia è di difficile inquadramento diagnostico, e quindi il medico deve correttamente esplorare, disponendo un ampio spettro di accertamenti, tutte le ipotesi che il quadro clinico evidenzia; in tali casi il medico può, a contrario, rispondere penalmente per omessa diagnosi differenziale.

potenzialmente rischiose da un punto di vista delle ricadute giudiziarie, con evidenti pregiudizi per soggetti che necessiterebbero di cure celeri (medicina difensiva negativa)[10].

Con in termine *burocrazia difensiva* si intende invece l'atteggiamento dei pubblici funzionari i quali si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative, in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche, o più spesso, restare inerti per il timore di esporsi al possibili addebiti penali (cosiddetta paura della firma). Il solo rischio ubiquo e indefinito del coinvolgimento in un procedimento penale con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un "effetto di raffreddamento"[11], che induce il funzionario a imboccare la via per sé più rassicurante", con inevitabili "riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati"[12].

L'attualità del problema è testimoniata dal fatto che, al fine di ridurre la forbice e limitare le conseguenze del fenomeno, il legislatore è corso ai riparti mediante diverse modifiche normative, seguendo una sorta di gradualità, che rassegniamo solo per brevi cenni nei prossimi due paragrafi[13], costituendo il

[10] Per gli esiti delle prime indagini statistiche sul fenomeno sia consentito rinviare a A. MADEO (1), *La responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie,* in Responsabilità professionale e aspetti medico-legali per i professionisti della riabilitazione (a cura di) V. SANTILLI, Sapienza Università Editrice, 2016, pag. 14.

[11] Come ricorda N. RECCHIA - *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, pag. 251 - con il termine *chilling effect* ci si suole riferire alla possibilità che l'intervento legislativo esplichi indirettamente una funzione di deterrenza rispetto all'esercizio da parte dei consociati di determinate condotte riconducibili ad un diritto fondamentale: ad esempio, ipotizzando una scelta legislativa che criminalizzi una certa classe di condotte (la classe che chiameremo X) disincentivata mediante la minaccia di pena, da cui però possano discendere - per la sovradistensione del tipo legale o la labilità degli elementi descrittivi - effetti di sterilizzazione su una diversa classe di condotte (che chiameremo classe Y) "limitrofa" rispetto alla condotta riconducibile alla classe X, che al contrario di questa risulta non solo non disapprovata dal legislatore, bensì del tutto lecita e persino rientrante nel "campo di gravitazione" di un diritto fondamentale. Di qui allora il riferimento al *chilling effect* anche con la locuzione *overdeterrence,* proprio a significare la deterrenza non voluta ed ulteriore che si esplica su condotte non oggetto della previsione incriminatrice legislativa. Il concetto in esame invita, quindi, ad abbandonare il mero piano teorico-normativo, per guardare al funzionamento nella prassi delle disposizioni sanzionatorie; mentre infatti, in un mondo ideale nel quale tali previsioni siano concepite e sperimentate nell'ambiente controllato di laboratorio, non si comprende perché, in presenza di una sanzione della condotta X un consociato dovrebbe astenersi dalla diversa condotta Y, nel concreto dei rapporti giuridici è facile accorgersi di come debbano essere tenuti in conto due elementi decisivi: l'incertezza, vi è una più o meno elevata componente di incertezza rispetto a come effettivamente la norma di condotta sarà interpretata in sede giurisdizionale: dinanzi a due condotte contrassegnate da tratti di analogia è sempre in agguato il rischio che il giudice possa male interpretare il dettato legislativo, attraendo del perimetro delle condotte vietate entrambe anche quelle destinate, in astratto, a non esservi incluse; l'errore, a ciò va aggiunta la possibilità di un errore da parte dello stesso destinatario del precetto nell'interpretazione della norma di condotta che lo porti erroneamente a ritenere vietate entrambe le condotte.

[12] C. CUPELLI (1), *op. cit.* pag. 1

[13] Suggerisce questo parallelo C. CUPELLI (2), *L'abuso d'ufficio, in Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.,* (a cura di) B. Romano, A. Marandola, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020, pag. 291. L'autore coglie un interessante parallelismo con quanto accade nel settore della responsabilità penale medica, ove, al cospetto di interventi normativi manifestamente diretti a contrastare il non dissimile fenomeno della cosiddetta medicina difensiva, la giurisprudenza sta procedendo - in nome di un'interpretazione costituzionalmente conforme - a obliterare il tenore letterale (più restrittivo) dell'art. 590-*sexies*, c.p., la cui valorizzazione avrebbe creato un vulnus in termini di meritevolezza di pena, legato alla impunità di condotte mediche (anche gravemente) imperite, se rispettose di linee guida certificate e adeguate al caso concreto. Nel caso dell'abuso d'ufficio, a restare sguarniti di

presupposto logico indefettibile per il prosieguo della ricerca.

1.1. Segue … Il persistente problema della punibilità della colpa degli esercenti le professioni sanitarie: dalla legge Balduzzi alla proposta Matone.

Solo per riannodare rapidamente le trame dell'intricata matassa, giova rammentare infatti che, con la legge 8 novembre 2012, n. 189 (legge Balduzzi)[14], si era tentato di arginare il fenomeno della "medicina difensiva" - prevedendosi (art. 3 c. 1) che la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria *imperito*, che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche, potesse essere affermata solo per *colpa grave*, quando cioè fosse stata disattesa la necessità di discostarsi da tali fonti, nonostante essa, in ragione della peculiare situazione clinica del malato, fosse stata *macroscopica*, cioè immediatamente riconoscibile da qualunque altro sanitario al posto dell'imputato. La modifica introdotta dalla Balduzzi non era tuttavia andata esente da critiche (*ex post* rivelatesi meno fondate rispetto a quelle che avrebbero interessato la successiva Riforma), posto che non operava alcuna definizione di colpa *lieve* e *grave*, limitando la non punibilità all'*imperizia*, circostanza che aveva determinato la Corte di Cassazione con la sentenza Cantore ad ampliare oltre il perimetro della *imperizia* la tipologia di colpa ("lieve") divenuta non punibile, sì da ricomprendervi la stessa *negligenza* e l'*imprudenza*, quando le linee-guida contenessero regole prescrittive di particolare attenzione e cura nello svolgimento di attività considerate "pericolose", investendo "*più la sfera dell'accuratezza, che quella dell'adeguatezza professionale*" della prestazione.

In questo *humus* veniva alla luce la Legge 8 marzo del 2017 n. 24 (meglio nota come Gelli/Bianco[15]), che introduceva (*rectius*, avrebbe dovuto introdurre) una rivoluzione copernicana nella responsabilità (non solo penale) degli esercenti le professioni sanitarie, posto che, con l'art. 6 veniva coniata una causa di non punibilità quale specificazione ai precetti penali generali in tema di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) ed omicidio colposo (art. 589 c.p.), con espressa limitazione agli eventi verificatisi a causa di "imperizia" e sul presupposto che fossero state ""rispettate" le raccomandazioni previste dalle linee-guida

tutela - e a meritare pertanto un intervento correttivo ben oltre il significato testuale degli enunciati normativi (richiamando ancora quanto stabilito dalle Sezioni Unite Mariotti con riguardo all'art. 590-*sexies*, c.p.) - sarebbero i comportamenti più insidiosi nell'ambito dell'attività amministrativa, connotati da un uso distorto del potere discrezionale, svincolato da una più marcata (e dunque manifesta) violazione di legge.

[14] Cfr. F. AMBROSETTI, *La responsabilità penale senza pace dalla Balduzzi alla Gelli*, in *La responsabilità medica*, (diretto da) P. Cendon, (a cura di) N. Todeschini, Parte VII, UTET giuridica, II ed. agg. 2019.

[15] cfr., *ex plurimis*, C. CUPELLI (3) *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, 75 ss.

come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee-guida risultassero adeguate alle specificità del caso concreto" (art. 590 *sexies* c.p.)[16].

Sembrava quindi tutto risolto.

O quasi. Nel giro di poche settimane, in realtà, la sezione IV penale della Suprema Corte aveva emesso due decisioni pressochè antitetiche – tali da creare, un vero e proprio *corto circuito ermeneutico*- in ordine all'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-sexies c.p.[17].

Dovettero così intervenire le Sezioni Unite con la sentenza Mariotti[18], a tenore della quale "l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica: se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da *negligenza* o *imprudenza;* se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da *imperizia* quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto; se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico"; confermando che la Balduzzi era complessivamente più favorevole rispetto alla Gelli/Bianco. Naturalmente, l'esercente la professione sanitaria non sarà responsabile nel caso della imperizia lieve intrinseca (o *in executivis)*[19].

---

[16] Per utilizzare una sintetica espressione, volta a distinguere le due riforme poste allo specchio, si può affermare che con la Gelli-Bianco non è punibile il medico che versa in colpa per *imperizia*, se si attiene a linee guida e nel caso concreto non vi sono ragioni per discostarsene, principio molto simile a quanto proposto dalla Balduzzi, ma impoverito dell'aggettivo "macroscopiche", nel senso che: il principio in vigenza della Balduzzi era: "nei casi d'imperizia non è punibile il medico che si attiene a linee guida se nel caso concreto non vi sono ragioni *macroscopiche* per discostarsene"; mentre a seguito della Bianco-Gelli: è "nei casi d'imperizia non è punibile il medico che si attiene a linee guida se nel caso concreto non vi sono ragioni per discostarsene".

[17] Ed invero, dapprima la sentenza Tarabori (Cass. Sez. IV, 20.4.2017, n. 28187, in banca dati De Jure) aveva definito la Gelli/Bianco *peggiorativa* rispetto alla Balduzzi, atteso che: avrebbe abolito la differenza tra colpa *grave* e colpa *lieve*, ed era quindi più sfavorevole, posto che prima la colpa lieve era sempre non punibile; avrebbe limitato l'applicabilità del nuovo art. 590-sexies c.p. all'i*mperizia*, cioè al profilo di colpa che si fonda sulla violazione delle *leges artis*, ma non si applicava ai casi di *negligenza* ed *imprudenza*; avrebbe previsto la non punibilità solo se in giudizio si facesse questione d'imperizia, se il sanitario avesse rispettato le linee guida e nel caso concreto non vi fossero ragioni per discostarsene; non avrebbe introdotto una vera causa di non punibilità, ma una mera graduazione della colpa. La sentenza immediatamente successiva, Cavazza (Cass. Sez. IV, 19.10.2017, n. 50078, in banca dati De Jure) aveva definito invece la Gelli-Bianco *più favorevole* rispetto alla Balduzzi, atteso che: avrebbe esteso l'operatività della causa di non punibilità anche alle ipotesi di colpa *grave*; avrebbe previsto la non punibilità quando l'evento è causato da *imperizia*, *lieve* o *grave*, nella fase esecutiva delle linee guida.

[18] Assunto ribadito, dopo le SS. UU. Mariotti, da Cass. Sez. IV, 49884/18, Pinto, e da Cass. Sez. IV, 412/19, Bonaiuto.

[19] Le Sezioni Unite Mariotti – Cass. SS. UU., 22.2.2018, n. 8770, in Banca dati De Jure - hanno fornito una sorta di *vademecum* per gli operatori sanitari, assumendo che il legislatore pretende, senza concessioni, che l'esercente la professione sanitaria sia: *accurato e prudente nel seguire la*

Nonostante gli interventi del legislatore e del Supremo Collegio, non si placavano tuttavia le istanze di depenalizzazione della categoria sanitaria, né si osservava una riduzione della medicina difensiva, al punto che durante la pandemia da Covid 19, il legislatore dovette intervenire per "proteggere" la eroica classe sanitaria dalle iscrizioni "come atto dovuto" cui dovevano far fronte i vaccinatori di Astrazeneca per eventi avversi conseguenti alla inoculazione (il tema sarà ripreso nel capitolo 2 a proposito delle iscrizioni nel registro degli indagati a modello 21 e 44). Raccogliendo gli auspici della categoria infatti, il Governo Draghi con il D.L. n. 44 del 2021 aveva introdotto due norme, definite "scudo" (art. 3 l. cit.) e "scudino" (art. 3 bis) penale per i vaccinatori e gli esercenti le professioni sanitarie[20]. L'articolo 3 della legge 44 del 2021 fondava l'esonero per i vaccinatori da responsabilità penale su tre requisiti: il verificarsi dell'evento morte o lesione del vaccinato; la sussistenza del rapporto di causalità fra la somministrazione del vaccino e i predetti eventi avversi; la conformità della somministrazione alle relative regole cautelari. L'art. 3 bis invece, prevedeva che durante lo stato di emergenza pandemico, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 c.p. commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, fossero punibili solo nei casi di colpa grave[21].

Da ultimo, con Atto della Camera n. 1327 del 24.7.2023 è stata presentata dall'On.le Simonetta MATONE e altri una proposta di legge recante "*modifica dell'articolo 590 sexies e introduzione dell'articolo 590 septies del codice penale in materia di responsabilità colposa e di decorrenza del termine di prescrizione per morte o lesioni personali in ambito sanitario*", proposta che il 22.11.2023 è stata assegnata alla II Commissione giustizia in sede referente. Secondo tale proposta l'art. 590 sexies c.p.[22] dovrebbe essere

---

evoluzione del caso sottopostogli; preparato sulle leges artis *e impeccabile nelle diagnosi, anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte* ex ante *adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino*, con la conseguenza che, se tale percorso risulti correttamente seguito - e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario - il residuo dell'atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà, alle condizioni che si indicheranno, essere quello che chiama in campo la operatività della causa di non punibilità.

[20] A. NATALINI, in Relazione n. 35/21 sugli artt. 3 e 3 bis della legge 28.5.2021 n. 76, a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, 21.6.21, p. 1-22.

[21] Le due norme di favore - entrambe temporanee ed accomunate dalla logica emergenziale essendo pensate per operare esclusivamente in una prospettiva temporalmente limitata all'attuale crisi epidemiologica – traducevano dal punto di vista regolatorio due diversi modelli normativi di attuazione di siffatte esigenze di contenimento della responsabilità degli operatori sanitari: da un lato, l'articolo 3, circoscritto all'attività di somministrazione vaccinale, attuava il modello normativo di esonero in toto della responsabilità penale, categoria già definita evocativamente "lockdown della responsabilità"; dall'altro, l'articolo 3 bis, esteso a tutte le attività sanitarie che trovano causa nell'emergenza sanitaria rientrava invece nello schema di riparametrazione della responsabilità penale ovvero di parziale contenimento della stessa siccome circoscritta alle ipotesi di colpa grave.

[22] Cfr. per un commento a prima lettura, P. PIRAS (2), *La proposta di legge Matone sulla responsabilità sanitaria e le conseguenze della sua approvazione*, in Sistema Penale, 18.1.2024.

così modificato: «*quando dallo svolgimento dell'attività sanitaria derivi per colpa una lesione o il decesso del paziente anche come più grave conseguenza delle lesioni riportate, si applicano le pene della reclusione da tre mesi a cinque anni, salvo quanto disposto dal secondo comma*». Il secondo comma recita che «*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*». Infine, il comma terzo prevede che «*la determinazione del grado della colpa è definita dai parametri di cui all'articolo 2236 del codice civile*».

Il dibattito parlamentare in corso su tale ultima proposta di modifica raccoglie i favori della classe medica, preoccupata per le statistiche ancora circolanti (si parla di 300 mila cause per colpa medica pendenti e 35 mila richiesta di risarcimenti, che nel 90% dei casi non epiloga a favore del presunto danneggiato)[23], che non consentono di ritenere risolto il problema della medicina difensiva[24].

Dal nostro punto di vista invece, quanto precede consente di osservare che, nonostante gli sforzi del legislatore, la fattispecie prevista dall'art. 590 sexies c.p. continua a palesarsi come inefficace rispetto alla selezione delle condotte meritevoli di processo.

1.2. Segue … Ultima chiamata per l'abuso d'ufficio: l'abrogazione.

Com'è noto, con l'art. 23 del decreto Legge n. 76 del 16 luglio 2020[25] il Legislatore aveva modificato sensibilmente il delitto di abuso d'ufficio, previsto all'art. 323 del codice penale. Il reato punisce ora il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che agisca non più "*in violazione di norme di legge o di regolamento"* bensì "*in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità"*.

[23] C. TESTUZZA, *Lo scudo penale per i sanitari: ipotesi ben accolta dai medici ma da "maneggiare con cura*", Il Sole 24 ore (versione Web), 12.1.2024.

[24] Cfr. Uno studio condotto su un campione di circa 1500 medici pubblicato nel 2020 dall'AGENAS (Agenzia Nazionale per i servizi sanitari regionali) - Cfr. *Medicina difensiva: quanto ci costa*? In agenas.gov.it, 17.12.2020 - in cui si rassegnavano gli esiti di una indagine che aveva coinvolto 1500 medici di Lombardia, Marche, Sicilia e Umbria. Le prestazioni più frequenti per cui la si pratica erano secondo gli intervistati, nel 33% dei casi gli esami di laboratorio; nella stessa percentuale gli esami strumentali, per il 16% le visite specialistiche e per il 6% il comportamento era quello di non fornire cure potenzialmente efficaci, ma ad alto rischio complicazioni. Le cause principali della medicina difensiva erano, secondo gli intervistati, per il 31% la legislazione sfavorevole per il medico, per il 28% il rischio di essere citati in giudizio e per il 14% lo sbilanciamento del rapporto medico-paziente con eccessive richieste, pressioni e aspettative da parte del paziente e dei familiari. ha fatto emergere che il 58% - nonostante la Gelli-Bianco – dichiarava di praticare la medicina difensiva e per il 93% degli intervistati il fenomeno era destinato ad aumentare.

[25] rubricato *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale,* pubblicato in G. U. n. 178 del 16 luglio 2020, suppl. ord. n. 24 - convertito con la legge 11 settembre 2020 n. 120 (in G.U. del 14.9.20),

La riforma del 2020 lasciava inalterati gli altri elementi della fattispecie[26], continuando a richiedere il duplice evento, dell'*ingiusto vantaggio* patrimoniale o del *danno ingiusto,* oggetto del *dolo intenzionale* del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che pongano in essere l'attività *nello svolgimento delle funzioni o del servizio,* prevedendo ancora – quale ulteriore modalità di condotta - l'inosservanza dell'obbligo di astensione *in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti.*

Tra le ragioni della modifica assumeva anzitutto rilievo la circostanza per la quale i procedimenti per abuso d'ufficio il più delle volte originano dal fallimento del c.d. *diritto amministrativo dell'efficienza*; numerose infatti, le denunce di cittadini esasperati da risposte (o silenzi) per nulla 'performanti' della pubblica amministrazione, a tanti livelli (dalla scuola agli enti locali, dalle forze dell'ordine alle società municipalizzate).

La riforma del 2020 cercava così di porre un freno al conclamato timore dei rappresentanti della pubblica amministrazione di assumere decisioni discrezionali. La paura di essere incriminati per abuso d'ufficio, avrebbe infatti indotto[27] – proprio come per la medicina *difensiva* nel settore della colpa penale degli esercenti le professioni sanitarie – alla c.d. *amministrazione difensiva*. Per questa ragione in dottrina - rilevata la cronica inefficacia del sistema disciplinare[28] e la "fuga dalla firma" - era stata già all'epoca suggerita l'espunzione[29] della fattispecie dall'ordinamento. A sostegno della modifica militava, infatti, la ingiustificabile discrasia tra il numero dei procedimenti iscritti per abuso d'ufficio negli anni 2016 e 2017 (circa 7000), ed il numero di sentenze di condanna (meno di 100), circostanza che – come anticipato - involgeva conseguenze nefaste sugli aspetti personali, professionali e politici (alla luce delle preclusioni introdotte dalla c.d. legge Severino) dei pubblici agenti coinvolti nei (presunti) fatti abusivi.

Purtroppo nemmeno la modifica del 2020 aveva sortito gli effetti sperati, se è vero che, con il D.D.L. n. 808/2023 di iniziativa governativa, è stata disposta – mediante l'art. 1 c. 1 lett. b – l'abrogazione "secca" dell'art. 323 c.p., che la dottrina[30] ha qualificato come una vera e propria *abolitio criminis.*

---

[26] Sia consentito rinviare, per quanto concerne l'excursus storico delle modifiche all'art. 323 c.p., a A. MADEO (2), *La riforma dell'abuso d'ufficio tra esigenze di semplificazione e burocrazia difensiva*, in Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, n. 4 del 2020, pag. 91 e ss.

[27] Si esprime in termini di concausa, A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20.11.2020, pag. 6.

[28] V. N. D'ASCOLA, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2018, 106.

[29] S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO, op. cit. 13 e ss.;.

[30] M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio*", in Sistema Penale, 26.9.2023.

Le ragioni poste a base dell'abrogazione sono sempre le stesse[31]: lo squilibrio tra le iscrizioni della notizia di reato e decisioni di merito rimasto costante anche dopo le modifiche volte a ricondurre la fattispecie entro più rigorosi criteri descrittivi.

In estrema sintesi, basti pensare che nel 2021 – quindi dopo un anno dalla introduzione dell'ultima modifica della fattispecie- si registravano solo 18 condanne a seguito di dibattimento di primo grado, a fronte di una ancora imponente forbice tra il numero di definizioni proscioglitive rispetto al numero di iscrizioni nel registro degli indagati, circa il 79% ovvero quasi 8 denunce su 10[32]; e che i procedimenti penali avviati per abuso d'ufficio non sfociano in condanne nemmeno in un caso su 100, posto che, a fronte di 6.500 procedimenti avviati si registrano solo 57 condanne definitive[33].

Non ci resta quindi, che verificare empiricamente se lo stesso trend osservato a livello nazionale e per diversi periodi, trova riscontro nella nostra indagine locale, quella cioè avente ad oggetto gli uffici giudiziari di Roma e l'Aquila.

1.3. Le statistiche rese dagli uffici giudiziari di Roma e l'Aquila.

Per avere un riscontro diretto rispetto a tale ipotesi di lavoro, abbiamo condotto una indagine statistica essenziale, onde verificare se davvero si assiste a questa macroscopica forbice tra numero di procedimenti iscritti e numero di procedimenti pendenti in fase GIP-GUP e dibattimento.

Il banco di prova del trend doveva essere l'analisi del fenomeno delle iscrizioni, delle pendenze e delle definizioni in materia di abuso d'ufficio e colpa medica presso due uffici giudiziari di diverse dimensioni, ma entrambi distrettuali, al fine di allinearli quanto ad affari trattati e rilevanza.

---

[31] Contrari alla abrogazione, tra i tanti, M. PELISSERO, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite*, in Sistema Penale, 18.9.2023; G. LATTANZI, *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio*. *Note critiche*, in Sistema Penale, 20.9.2023.

[32] Come emerge dalla relazione al D.D.L. - dossier su A.S. n. 808, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare, XIX Legislatura, 1.8.2023, a cura del Servizio Studi del Senato, in Sistema Penale, 3.8.2023 – nel 2020 sono state pronunciate, tra GIP-GUP e Tribunale, solo 30 sentenza di condanna e 29 di patteggiamento, con 241 sentenze di assoluzione e 167 di non doversi procedere per prescrizione, nonostante la modifica fosse intervenuta solo per pochi mesi. Nella sezione GIP/GUP dal 2016 al 2021, si è assistito ad una riduzione del 40% dei procedimenti iscritti: da 7.930 a 4.838. Nell'anno 2021 si registravano 4745 iscrizioni con ben 4121 archiviazioni; nel 2022 a fronte di 4.481 iscrizioni si registravano 3.536 archiviazioni. Nel 2021 su 5.418 procedimenti definiti dall'ufficio GIP/GUP le archiviazioni sono state 4.613 (di cui 148 per prescrizione); quanto alle sentenze di condanna, ne sono state pronunciate 9, con 35 patteggiamenti, mentre sono stati 370 i decreti che hanno disposto il giudizio. All'esito del dibattimento, poi, su 513 procedimenti definiti, le condanne sono state 18 a fronte di 37 nel 2020 e di 54 nel 2019, mentre le assoluzioni 256.

[33] C. CUPELLI (1), *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in Sistema Penale, 23.1.2023.

La scelta cadeva su Roma e l'Aquila, rispettivamente il più grande ufficio giudiziario d'Europa ed uno dei più piccoli del Paese. Le statistiche ottenute dai Tribunali di Roma e l'Aquila e dalle rispettive Procure, consentivano di disaminare l'andamento dei flussi dei fascicoli iscritti e pendenti per abuso d'ufficio e colpa medica, ma con dei distinguo.

Per quanto concerne la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie (art. 590 sexies c.p.), il range temporale disaminato in ordine alle iscrizioni per le Procure aveva inizio nel 2017, anno in cui interveniva la legge Gelli-Bianco. Quanto invece all'abuso d'ufficio, i dati a breve riportati in tabella devono essere disaminati considerando un fisiologico margine di errore, dovuto non solo – come per il disallineamento tra iscrizioni in Procura e pendenze GIP-GUP – alle sopravvenienze di anni precedenti, ma anche al fatto che trattandosi di Procure distrettuali, tanto a Roma quanto a l'Aquila le Procure sono competenti ai sensi dell'art. 11 c.p.p. per i reati commessi da magistrati appartenenti ai distretti di corte di Appello di Napoli e Campobasso.

Mi spiego meglio.Tra le pieghe delle iscrizioni per abuso d'ufficio, vi sono sicuramente notizie di reato per fatti non commessi a Roma né a l'Aquila. Sempre in materia di abuso d'ufficio, i numeri delle pendenze presso il Tribunale e le sezioni GIP-GUP potrebbero essere lievemente alterati dal fatto che sovente l'abuso d'ufficio viene contestato in concorso con altri reati contro la pubblica amministrazione, segnatamente la corruzione.

Tanto premesso, e considerato che ai nostri fini interessa osservare il macro dato dell'andamento dei flussi piuttosto che i numeri delle singole partizioni[34], possiamo osservare quanto segue. In questo tipo di analisi le regiudicande vengono classicamente suddivise in tre categorie[35]. Ci si riferisce anzitutto al genus dei "procedimenti sopravvenuti", locuzione che indica le nuove cause iscritte nei registri giudiziari tenuti dalla magistratura, all'interno di un periodo d'analisi prescelto; la seconda categoria è rappresentata dai "procedimenti esauriti" (o definiti): essa ricomprende gli affari per cui i pubblici ministeri o i giudici hanno emanato un provvedimento definitorio di una fase del rito di loro competenza, nel medesimo arco cronologico di riferimento. L'ultima è formata dai "procedimenti pendenti", cioè quelli che, alla fine (pendenza finale) o all'inizio (pendenza iniziale) del periodo di interesse, risultano in attesa di essere esauriti.

⇒ **Abuso d'ufficio**

[34] Seguendo i parametri indicati dalle scienze sociologiche, cfr. A. DE LILLO, AA. VV., *Metodi e tecniche della ricerca sociale*, Pearson, 2020.

[35] M. GIALUZ e J. DELLA TORRE, op. cit., pag. 52.

Per quanto concerne le statistiche rese in materia di abuso d'ufficio, è opportuno premettere che il dato del 2021 si riferisce ai primi 3 mesi dell'anno, considerando che la riforma dell'art. 323 c.p. entrava in vigore nell'estate del 2020.

1. ***Tab. Procedimenti iscritti e pendenti innanzi la Procura della Repubblica di Roma***[36]

UFFICIO	N. PROC. ISCRITTI E PENDENTI AL 31.12
Procura della Repubblica di Roma	
2015 (da 01.08)	307
2016	544
2017	538
2018	440
2019	357
2020	363
2021 (fino a 20.03)	170

Il dato che colpisce con riferimento alla tabella che precede, è il numero comunque alto di iscrizioni (sempre a tre cifre) nel periodo 1.8.2015-20.3.2021, che non deve essere letto congiuntamente alla successiva tabella, perchè le pendenze in Procura non seguono sempre lo stesso iter temporale fino alla fase GIP-GUP, tale e tante essendo le variabili che possono incidere in tal senso (ritardi nelle notifiche, stralci di posizioni, ecc.).

2. ***Tab. dati quinquennali dei procedimenti pendenti innanzi il Tribunale ordinario di Roma sez GIP/GUP***[37]

UFFICIO	PROC. SOPRAVVENUTI-DEFINITI	ARCHIVIATI	RINVIO A GIUDIZIO	RITI ALTERNATIVI
Tribunale ordinario di Roma, sezione GIP/GUP				
2015	179	161	18	-
2016	522	469	51	2
2017	414	359	49	6
2018	516	469	44	3
2019	432	389	41	2
2020	335	306	22	7
2021	85	80	4	1
TOTALI	2483	2233	229	21

[36] Dati statistici rilasciati dalla Procura della Repubblica di Roma.

[37] Dati statistici rilasciati dall'ufficio di Presidenza del Tribunale di Roma

La tabella che precede comincia invece ad essere indiziante, perchè leggendo i dati della prima colonna (le pendenze) e della seconda (le archiviazioni), emerge una prima grande forbice tra quanti procedimenti vengono iscritti e quanti superano indenni il vaglio della fase GIP-GUP per andare a giudizio (nel 2020 meno del 10%).

3. ***Tab. Procedimenti iscritti e pendenti innanzi la Procura della Repubblica presso il Tribunale di L'aquila***[38]

UFFICIO	N. PERSONE INDAGATE CON ISCRIZIONE A REGISTRO NOTI
Procura della Repubblica presso il Tribunale di L'aquila	
2017	289
2018	341
2019	250
2020	116
2021	116

Il dato interessante della tabella che precede, consiste nel numero assai elevato delle iscrizioni, se paragonato alla tabella 1 per quanto concerne Roma. In pratica, la proporzione tra il numero di procedimenti iscritti a l'Aquila per abuso d'ufficio e Roma non risente affatto delle diverse dimensioni degli uffici giudiziari (nel 2018 a l'Aquila vengono iscritti 341 procedimenti mentre a Roma 440).

4. ***Tab. dati quinquennali dei procedimenti pendenti innanzi il Tribunale ordinario di L'aquila sez GIP/GUP***[39]

UFFICIO	PROC. SOPRAVVENUTI-DEFINITI	ARCHIVIATI	RINVIO A GIUDIZIO	RITI ALTERNATIVI
Tribunale ordinario di L'Aquila, sezione GIP/GUP				
2015	42	37	5	-
2016	158	142	12	4
2017	142	128	12	2
2018	88	74	8	6
2019	73	66	1	6
2020	48	42	5	1
2021	41	37	2	2
TOTALI	592	526	45	21

[38] Dati statistici rilasciati dalla segreteria del Procuratore della Repubblica de l'Aquila.

[39] Dati statistici rilasciati dall'ufficio di Presidenza del Tribunale dell'Aquila.

Il dato che emerge dalla tabella che precede è coerente con gli esiti della tabella 2, atteso che, con riferimento al 2016, meno del 10% dei procedimenti trattati dalla sezione GIP-GUP dell'Aquila giungeva a dibattimento.

Possiamo adesso mettere in unica tabella gli esiti delle partizioni sopra indicate, con l'avvertenza di leggere i dati della prima colonna dall'alto verso il basso, facendo cioè il confronto tra Roma e l'Aquila, non all'interno della stessa tabella. Per le altre due colonne invece può essere disaminato il dato che indica quanti fascicoli dalla sezione GIP-GUP transita a dibattimento.

5. ***Tab. Dati del distretto della Corte d'Appello di Roma a confronto***

ANNO	N. PROC. ISCRITTI/ PENDENTI	N. PROC. SOPRAVVENUTI/DEFINITI	
	Procura della repubblica di Roma	**Tribunale ordinario di Roma sez. Gip/GUP**	**Tribunale ordinario di Roma sez. dibattimento**
2015	307[40]	179	27
2016	544	522	37
2017	538	414	30
2018	440	516	39
2019	357	432	46
2020	363	335	27
2021	170[41]	85	10

6. ***Tab. Dati del distretto della Corte d'Appello di L'Aquila a confronto***

ANNO	N. PROC. ISCRITTI/ PENDENTI	N. PROC. SOPRAVVENUTI/DEFINITI	
	Procura della repubblica di L'Aquila	**Tribunale ordinario di L'Aquila sez. Gip/GUP**	**Tribunale ordinario di L'aquila sez. dibattimento**
2017	289	142	-
2018	341	88	1
2019	250	73	1
2020	116	48	1
2021	116	41	3

[40] Periodo di riferimento dal 01.08

[41] Periodo di riferimento: fino al 20.03

Questi i risultati per quanto concerne i flussi di fascicoli per abuso d'ufficio. Il trend che si osserva è senza dubbio indiziante di una notevole forbice tra iscrizioni e dibattimenti, senza considerare che di quei pochi fascicoli che giungono a dibattimento, ancor meno epiloga in una condanna.

⇒ Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario

Possiamo adesso disaminare i dati statistici in materia di colpa medica, considerando anche in tal caso che i dati del 2017 potrebbero risentire del fatto che la legge Gelli-Bianco entrava in vigore nella primavera del 2017.

a. Tab. Procedimenti iscritti e pendenti innanzi la Procura della Repubblica di Roma

UFFICIO	N. PROC. ISCRITTI E PENDENTI AL 31.12
Procura della Repubblica di Roma	
2017	31
2018	114
2019	156
2020	131
2021 (fino a 20.03)	76

Dalla tabella che precede emerge un carico di iscrizioni importante, a tre cifre nel periodo 2018-2020, ed un sospetto incremento delle iscrizioni dopo l'introduzione della Gelli-Bianco.

b. Tab. dati quinquennali dei procedimenti pendenti innanzi il Tribunale ordinario di Roma sez GIP/GUP

UFFICIO	PROC. SOPRAVVENUTI-DEFINITI	ARCHIVIATI	RINVIO A GIUDIZIO	RITI ALTERNATIVI
Tribunale ordinario di Roma, sezione GIP/GUP				
2015	1	1	-	-
2016	2	2	-	-
2017	5	5	-	-
2018	12	8	4	-
2019	67	54	13	-
2020	71	49	20	2
2021	19	16	3	
TOTALI	177	135	40	2

La tabella b invece consente di osservare come paradossalmente il numero dei rinvii a giudizio sia aumentato con la Gelli-Bianco rispetto alla previgente legge Balduzzi, segno inequivocabile che la prima era peggiorativa.

c. Tab. Procedimenti iscritti e pendenti innanzi la Procura della Repubblica presso il Tribunale di L'aquila

UFFICIO	N. PERSONE INDAGATE CON ISCRIZIONE A REGISTRO NOTI
Procura della Repubblica presso il Tribunale di L'aquila	
2017	-
2018	6
2019	2
2020	-
2021	11

A differenza dei dati osservati per l'abuso d'ufficio (tabella 3), con riferimento alla colpa medica il dato territoriale incide e non poco, come dimostra il davvero esiguo numero di iscrizioni presso la Procura aquilana.

d. Tab. dati quinquennali dei procedimenti pendenti innanzi il Tribunale ordinario di L'aquila sez GIP/GUP

UFFICIO	PROC. SOPRAVVENUTI-DEFINITI	ARCHIVIATI	RINVIO A GIUDIZIO	RITI ALTERNATIVI
Tribunale ordinario di L'Aquila, sezione GIP/GUP				
2015	-	-		
2016	-	-		
2017	-	-		
2018	-	-		
2019	-	-		
2020	3	3		
2021	1	1		
TOTALI	4	4		

Particolarmente interessante invece il dato emergente dalla tabella che precede, dalla quale emerge come quei pochi fascicoli per colpa medica che giungono presso la sezione GIP-GUP, nessuno accede al

dibattimento, circostanza che consente di meditare sulle reali ragioni della medicina difensiva e sui possibili rimedi[42].

e. Tab. Dati del distretto della Corte d'Appello di Roma a confronto

ANNO	N. PROC. ISCRITTI/ PENDENTI	N. PROC. SOPRAVVENUTI/DEFINITI	
	Procura della repubblica di Roma	**Tribunale ordinario di Roma sez. Gip/GUP**	**Tribunale ordinario di Roma sez. dibattimento**
2017	31	5	-
2018	114	12	4
2019	156	67	11
2020	131	71	18
2021	76[43]	19	2

f. Tab. Tab. Dati del distretto della Corte d'Appello di L'Aquila a confronto

ANNO	N. PROC. ISCRITTI/ PENDENTI	N. PROC. SOPRAVVENUTI/DEFINITI	
	Procura della repubblica di L'Aquila	**Tribunale ordinario di L'Aquila sez. Gip/GUP**	**Tribunale ordinario di L'aquila sez. dibattimento**
2017		-	
2018	6	-	
2019	2	-	
2020	-	3	
2021	11	1	
	-	-	

Confrontando i dati di Roma e l'Aquila in materia di colpa medica, emerge un numero abbastanza alto di iscrizioni, ed un numero però affatto esiguo di dibattimenti celebrati, il cui esito poi è il più delle volte assolutorio.

[42] Sia consentito rinviare a. A. MADEO (1), op. cit. pag. 20, in cui, dopo aver dimostrato che le statistiche giudiziarie non possono costituire un timore per la classe medica, osservavamo come uno strumento decisamente efficace per limitare la medicina difensiva – e di rimbalzo le azioni giudiziarie dei pazienti – potrebbe essere quello di prevedere l'aumento del premio assicurativo per il medico, non già a seguito della semplice denuncia di sinistro (obbligatoria ed entro breve termine, pena il rischio di mancata copertura assicurativa...), ma quanto meno alla notifica della citazione in giudizio – per il processo civile – ed all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero – nel procedimento penale – altresì prevedendo oneri economici deterrenti nei confronti del paziente che instauri una lite temeraria, così impedendo che la semplice diffida da parte del danneggiato – magari blandito dalla possibilità di ricavare ingenti risarcimenti o animato da risentimento personale nei confronti del curante – possa esporre sol per questo il sanitario (incolpevole) a maggiori oneri assicurativi.

[43] Periodo di riferimento: fino al 20.03

Non vi è dubbio quindi, che anche a Roma e l'Aquila, tanto per l'abuso d'ufficio quanto per la colpa medica si assiste ad una notevole forbice tra procedimenti iscritti e processi celebrati, senza considerare il numero poi esiguo di condanne.

Stando così le cose, è evidente che il primo indiziato di inefficienza rispetto a tale trend pare essere proprio la fattispecie, la cui funzione di filtro non sembra essere stata particolarmente efficace con riferimento agli articoli 323 c.p. e 590 sexies c.p., non essendo evidentemente in grado di selezionare i fatti meritevoli di entrare nel processo.

È questo il vero punto di partenza, o meglio, di virata, della nostra indagine.

Per verificare se il problema stia nelle carenze del tatbestand o piuttosto nella non corretta applicazione dei meccanismi di selezione dei fatti da parte dei magistrati, è necessario disaminare questi ultimi.

Che questa sia la strada ermeneutica più corretta, emerge dalla circostanza per la quale - come vedremo nel capitolo 2 - la soluzione al problema della discrasia tra iscrizioni e condanne per l'abuso d'ufficio più che per la colpa medica, viene ricercata nel regime delle iscrizioni, specie a seguito delle modifiche introdotte dal D. Lgs. 150/2022, piuttosto che nella abrogazione secca della fattispecie.

> Secondo Marco GAMBARDELLA[44] anziché l'abrogazione, per l'abuso d'ufficio la soluzione più idonea sarebbe quella di sensibilizzare i pubblici ministeri, che sovente palesano scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni nel registro degli indagati, e quindi nelle successive fasi del procedimento. La medicina giusta non può infatti essere l'abrogazione della fattispecie, ma il contenimento nelle iscrizioni da parte delle Procure. Appare necessario – continua - alla luce della modifica introdotta dalla riforma Cartabia nell'art. 335 c.p.p., che nella notizia di reato per abuso d'ufficio – spesso veicolata da denunce di privati cittadini che segnalano episodi di *mala gestio* pubblica – siano indicati e descritti in modo analitico tutti gli elementi fattuali richiesti dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Attribuisce speranze di filtro e selezione rispetto alle statistiche anche Gianluigi GATTA[45], secondo il quale è compito dell'autorità giudiziaria filtrare la massa delle denunce individuando i soli fatti meritevoli di repressione penale, capacità di filtro essenziale in un sistema retto dal principio di obbligatorietà dell'azione penale e destinata a crescere dopo la riforma Cartabia (art. 408, c. 1 c.p.p): la nuova regola di giudizio per l'archiviazione (speculare a quella per il rinvio a giudizio in udienza preliminare) è ancor più rigorosa che in passato e fa riferimento a "elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari che non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna". Sulla già notevole capacità di filtro della magistratura potrà inoltre ora incidere la rinnovata disciplina per l'iscrizione della notizia di reato (art. 335, co. 1 bis c.p.p), che richiede l'esistenza di indizi e consente di "cestinare" le denunce palesemente infondate. Quelle relative a fatti che non costituiscono reato, d'altra parte, erano e sono già destinate all'iscrizione nel registro degli atti non costituenti notizie di reato (mod. 45), il cui attento e sapiente uso (che sarebbe

[44] M. GAMBARDELLA, op. cit. pag. 2.

[45] G.L. GATTA (3), *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in Sistema Penale, fasc. n. 5/2023, pag. 168.

opportuno assoggettare in futuro a una pur semplificata forma di controllo giurisdizionale), consente di evitare un inutile affollamento di fascicoli sui tavoli di pubblici ministeri e giudici.

Per identificare la dimensione "in action" della tipicità penale è indispensabile capire se la magistratura inquirente utilizzi criteri meno stringenti in ordine alla selezione processuale del fatto (circostanza che influisce direttamente sul numero di procedimenti iscritti) rispetto ai criteri utilizzati dai Giudici nella definizione delle fasi (circostanza che a sua volta influisce direttamente sul numero di provvedimenti di condanna). È in questo senso che diritto penale sostanziale e processuale cessano di essere paralleli e diventano tangenti in un punto, quello costituito dalla fattispecie[46].

Ciò in quanto - come ricorda Stefano FIORE[47] - «*al di là delle questioni sulla genealogia della categoria sostanziale del fatto tipico, è incontestabile che il termine fatto anche al di là della diversa estensione che al termine viene attribuita dalla dottrina penalistica, accresca la propria ricchezza semantica nel linguaggio del codice di procedura penale. Altra certezza pertiene alla variabilità del concetto dogmatico di "fatto", nel senso che è possibile affermare che il significato del termine "fatto" nel diritto processuale a volte coincide con il corrispondente concetto dogmatico di fatto tipico, a volte "tende", ad esso pur non sovrapponendosi, mentre a volte decisamente ne diverge e ciò in ragione del contesto funzionale nel quale viene utilizzato*».

Per comprendere quindi se il problema parte dalla fattispecie o riguarda invece un malgoverno delle regole dettate dal legislatore per iscrivere una notizia di reato e ritenerla meritevole di giudizio, non ci resta che indagare se, ed in che misura, nei meccanismi di selezione dei fatti penalmente rilevanti introdotti dal D. Lgs. 150/2022 assume un ruolo "effettivo" la descrizione della fattispecie, e come questa selezione si traduca poi in strumento di garanzia nel procedimento penale, attraverso le varie fasi che lo compongono.

[46] Da qui il rinnovato interesse per la lettura integrata di diritto penale sostanziale e processuale, sulla quale A. GARGANI (1) - op. cit. pag. 25 - osservava come «in un diritto penale a "dimensione processuale", come quello dell'Ancien regime, il diritto non esisteva a prescindere dalla sua prova: data la stretta compenetrazione tra quaestio facti e quaestio iuris, la selezione dei fatti avveniva nel momento dell'accertamento e il baricentro delle garanzie si radicava decisamente sul terreno probatorio. Con l'avvento delle codificazioni e del principio di legalità, l'esigenza di certezza e di garanzia tende, invece, a polarizzarsi sulla quaestio iuris, proiettando i limiti al potere giudiziario verso istanze di determinatezza della fattispecie. Non v'è dubbio, dunque, che - anche sul piano delle garanzie - diritto e processo siano legati da uno stringente nesso di reciproca strumentalità. In questo senso, il diritto penale si pone come vettore di limiti: se il processo, come regola di giudizio, incorpora in sé il diritto sostanziale, è quest'ultimo a fissare i limiti che dovrebbero essere osservati nel processo, al fine di contenere la tendenza all'arbitrio, ad esso connaturata».

[47] S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 135.

2. L'indagine sui meccanismi di selezione dei fatti penalmente rilevanti a seguito della Riforma Cartabia

Nel paragrafo precedente abbiamo posto le premesse della nostra indagine, partendo dall'ampia forbice osservata tra iscrizioni e definizioni dei procedimenti in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie (art. 590 *sexies* c.p.) ed abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) nei distretti giudiziari di Roma e l'Aquila, rassegnando poi brevi cenni sui costi della ingiusta sottoposizione[48] a procedimento penale in casi destinati (forse) *ab origine* a non chiudersi con una sentenza di condanna – circostanze poste a base di trend negativi come la medicina difensiva e la burocrazia difensiva - e infine sull'annoso problema delle interazioni tra diritto penale sostanziale e processuale[49] – segnatamente, i riflessi sul profilo della determinatezza del passaggio dalla "fattispecie incriminatrice" alla "fattispecie giudiziaria" – tema che assume connotati di nuova attualità[50] a seguito del D. Lgs. 150/2022.

Com'è noto, la riforma della giustizia approvata dal Parlamento con la Legge delega n. 134 del 27 settembre 2021, cui il Governo ha dato attuazione con uno schema di decreto approvato all'unanimità il 4.8.2022[51], implementata con Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022[52], poi differita nell'efficacia con il D.L. 31.10.2022 n. 162 al 31.12.2022 dal Governo Meloni *medio tempore* insediatosi[53] (denominata giornalisticamente "riforma Cartabia"[54]), operava seguendo un doppio binario di efficacia: da una parte l'articolo 1 della legge delega (costituito da 28 commi, ripartiti in diffusi sotto commi) prevedeva una serie di deleghe al Governo da esercitare entro un anno[55]; dall'altra, l'articolo 2 (composto da 24 commi,

[48] Cfr. per quanto concerne una particolare forma di ingiusto procedimento, V. MANES, *La "giustizia penale mediatica": "effetti perversi" sul piano sostanziale*, Studi in onore di Carlo Enrico PALIERO, Milano, 2022, pagg. 633-663.

[49] amplius in S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

[50] L'argomento aveva suscitato l'interesse della dottrina anche nelle immediatezze dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, cfr. T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1989, 921 ss.

[51] cfr. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, pag. 77, 10.8.2022.

[52] Cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150*, in Gazzetta Ufficiale, Supplemento straordinario n. 5, Serie Generale n. 245 del 19.10.2022, pagg. 177-597.

[53] La scelta aveva suscitato diverse opinioni contrarie, tra le quali quella dell'Associazione Professori di Diritto Penale, che aveva affidato ad un comunicato le ragioni del dissenso, cfr. *Comunicato AIDP 4 novembre su d.l. n. 162/2022*, www.aipdp.it .

[54] *Amplius*, in G. L. GATTA (1), *Riforma della giustizia penale: testo, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia*", in Sistema Penale, 15.10.2021.

[55] L'articolo 1 conteneva le deleghe al Governo per la riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio penale e per la disciplina organica della giustizia riparativa. Questa parte di Riforma è entrata in vigore a seguito dell'attuazione delle deleghe da parte del Governo, il cui termine massimo era di un anno dall'entrata in vigore dell'art. 1 della Legge, stabilito appunto per il 19.10.2022.

compresi quelli relativi alle disposizioni di accompagnamento della riforma) conteneva novelle al codice penale ed al codice di procedura penale immediatamente precettive[56].

Sull'*an* e sul *quomodo* della riforma – approvata in via definitiva nelle ultime ore di incarico del secondo Governo Draghi[57] - ha sortito effetto catalizzatore il continuo monito dell'Unione Europea[58] circa la necessità[59] di rendere "performante"[60] il sistema Giustizia del Paese[61], esigenza posta – tra le altre - a base del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)[62], il quale dedicava una parte alla riforma della Giustizia[63].

Particolarmente rilevante – ai fini della nostra riflessione - l'articolato normativo avente ad oggetto la fase delle indagini preliminari, che ha inciso in maniera dirompente su istituti fondamentali che pertengono non solo al "momento genetico del procedimento" ovvero l'iscrizione della notizia di reato e del soggetto (persona fisica o giuridica) cui esso è da attribuire, ma anche al "momento genetico del processo", quel segmento procedimentale che culmina nelle determinazioni del P.M. sull'esercizio dell'azione penale (in sede di valutazione su richiesta di archiviazione/esercizio dell'azione), del GUP e del Giudice dell'udienza predibattimentale sulla necessità del vaglio dibattimentale (in sede di decisione su proscioglimento/rinvio a giudizio) [64].

---

[56] L'articolo 2 aveva introdotto alcune disposizioni immediatamente precettive e quindi vigenti dal 19.10.2021, aventi ad oggetto modifiche al codice penale (es. la prescrizione del reato) e al codice di rito (es. l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini massimi di durata del giudizio di impugnazione).

[57] Mediante il sopra richiamato Decreto legislativo 10.10.2022, n. 150, in G.U. n. 243 del 17.10.2022, attuazione della legge 27.9.2021, n. 134, recante *delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizione per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*.

[58] Per una rassegna delle più recenti condanne subite dall'Italia per violazione del principio di ragionevole durata del procedimento, cfr. M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022, pagg. 199 e ss.

[59] Cfr. M. CASSANO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023*, in Sistema Penale, 26.1.2024, pag. 8, la quale ha ricordato come «*rendere la giustizia efficace attraverso un reale recupero di efficienza dei suoi apparati deve costituire un obiettivo di lunga durata per le Istituzioni di uno Stato moderno, anche in funzione della programmata politica di crescita e di sviluppo*...».

[60] cfr. A. GAITO- R. LANDI, "*L'altare e le (forse inevitabili) vittime". Osservazioni sul processo penale a' la Cartabia*, in Archivio Penale n. 2/2022, pag. 3.

[61] cfr. *Relazione annuale al Parlamento della Ministra Marta Cartabia sull'amministrazione della giustizia*, in Sistema Penale, 19.1.2022.

[62] cfr. E. N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in Archivio Penale n. 3/2021, pag. 5 e ss.

[63] cfr. *ex plurimis* G. CANZIO (1), *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in Sistema Penale, 14.2.2022.

[64] Come si vedrà nel prosieguo, l'art. 1 comma 9 della Legge n. 134/2021 ha introdotto modifiche (recepite nel Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022) su numerosi punti cruciali delle indagini preliminari, e segnatamente:

- sui presupposti dell'iscrizione delle notizie di reato e sul sindacato del giudice sulla iscrizione del nome della persona nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (lett. *p*, *q*, *r*, *s*);

Il *novum* investe una moltitudine di disposizioni del sistema penale, seguendo l'ispirazione di fondo della riforma[65]: perseguire una maggiore efficienza[66] nella salvaguardia delle garanzie, anche accelerando[67] il processo penale[68].

Nell'ambito di tali obiettivi la Legge 134/2021 (e successivamente il Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022) aveva previsto: da un lato, la precisazione dei presupposti per la iscrizione della *notizia di reato* prima, e la "selezione dei criteri di priorità" nel perseguimento dei fatti di reato da parte del Pubblico Ministero poi, finalità che però – è stato osservato[69] - non era compresa in alcun modo in ciò che ci chiedeva l'Europa, *«un'affermazione ormai di rito che rischia di trasformarsi in un alibi se non la si usa con attenzione*»; dall'altro, un diverso parametro di giudizio dei fatti oggetto di indagine ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

- sui criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato (lett. *i*);
- sulla durata delle indagini preliminari (lett. *c*);
- sui presupposti e la durata della proroga (lett. *d*);
- sui rimedi contro la "stasi" del procedimento (lett. *e*, *f*, *g*, *h*);
- sui presupposti per la richiesta di archiviazione (lett. *a*) e, *mutatis mutandis*, per il rinvio a giudizio (lett. m);
- sull'individuazione di "criteri più stringenti" per la riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p. (lett. *t*).

Lo stesso articolo 1 – ma al comma 24 – ha previsto poi la possibilità di impugnazione autonoma del decreto di perquisizione cui non abbia fatto seguito il sequestro, novità rilevante per le investigazioni della polizia giudiziaria, che rientrava nel pacchetto di norme "ad efficacia differita".

[65] A. DE CARO (1) - *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive,* in Archivio Penale n. 3/2022, pag. 1 - rileva «*un percorso oggettivamente ondivago, caratterizzato dalla contemporanea esistenza di spinte garantiste e di rigurgiti inquisitori*».

[66] Secondo F. DI VIZIO - *Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell'inutilità dei processi senza condanna*, in DisCrimen, 12.11.2022, pag. 4 - «*è indubbio che la riforma ha inferto una spinta efficientistica – un obiettivo di risultato verrebbe da sintetizzare – che finisce per condizionare ogni porzione della vicenda procedimentale e processuale*…».

[67] All'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, il Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione - M. CASSANO, op. cit. pag. 11 - a proposito dei dati relativi al lavoro svolto dalla Suprema Corte nell'anno 2023, ha rappresentato come, dopo 12 mesi di piena entrata a regime della riforma Cartabia, in ambito penale, pure a fronte dell'aumento del 4% delle iscrizioni (passate da 45.363 a 47.157), i procedimenti definiti sono stati pari a 50.350 con un indice di ricambio pari al 106,8%. Le pendenze sono diminuite del 17,4% (15.125 rispetto alle 18.318 dell'anno precedente). La durata media è scesa dai 184 giorni del 2022 agli attuali 134 giorni. Il *disposition time* è pari a 110 giorni rispetto ai 132 dell'anno precedente e, quindi, è già inferiore all'obiettivo dei 166 giorni il cui conseguimento è fissato al 30 giugno 2026. I risultati raggiunti in entrambi gli ambiti sono tanto più significativi, ove si considerino la percentuale delle vacanze dell'organico dei magistrati pari al 23% (destinata a crescere per effetto dei pensionamenti) e la scarsità delle risorse del personale amministrativo (oscillanti tra il 32% e il 34%).

[68] così M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia. Profili processuali*, in Sistema Penale, 2.11.2022, pag. 37 e ss.

[69] così A. SPATARO, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27.9.2021 n. 134*, in Questione Giustizia, 20.12.2021, pag. 12.

I primi commenti[70] alla riforma rilevavano come dietro alle modifiche fosse possibile scorgere un nuovo modo di pensare al magistrato[71] - inquirente e giudicante - come ad un soggetto processuale più performante – e quindi più efficiente - partendo dal presupposto che dalle indagini preliminari all'ultimo grado di giudizio i tempi del processo si sono protratti per ragioni non solo extraprocessuali ed organizzative. Questo rilievo trova in effetti riscontro[72] nelle pieghe del disegno riformatore, da quelle che riguardano la fase investigativa a quelle che consentono di approdare alla comminatoria di improcedibilità dell'azione per mancato rispetto di tempi prestabiliti (art. 344 *bis* c.p.p.)[73].

È in questo *humus* che prende vita la nostra ricerca, l'idea di ripensare al "peso", alla "densità" del fatto di reato nel processo, disaminando il mutato rapporto tra "fatto tipico"[74] e "fattispecie"[75]. Una indagine

[70] cfr. G. RUTA, *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, in Questione Giustizia, 20.1.2022.; M. GIALUZ- J. DELLA TORRE, op. cit., pagg. 233 e ss.

[71] Secondo E. DE FRANCO - *La riforma c.d. "Cartabia" in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini*, in Questione Giustizia, 19.12.2022 - la riforma Cartabia rischiava di rappresentare una «...pericolosa eterogenesi dei fini dove gli scopi diventano mezzi e i mezzi diventano scopi, avendo il legislatore stravolto il campo dei rapporti tra giudice e pubblico ministero, facendo - in relazione ad alcuni degli istituti introdotti, su tutti l'iscrizione coatta prevista dal nuovo art. 335 ter c.p. e il nuovo ambito applicativo dell'art. 408 c.p.p. – del giudice un pubblico ministero e viceversa. Il tutto è avvenuto in nome di principi di efficienza aziendalistica e in sacrificio del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale…».

[72] G. SPANGHER (1), *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, in www.giustiziainsieme.it, 9.2.2022.

[73] E. N. LA ROCCA, op. cit. pag. 6, in proposito aveva da subito osservato come «nella parte iniziale dell'articolato (art. 1, co. 9), si coglie uno specifico focus sulle condotte del pubblico ministero che non riguarda solo i tempi per completare le indagini o le richieste di eventuali proroghe. L'attenzione questa volta è posta con dovizia sulla correttezza procedurale di una serie di attività improntate ad un alto tasso di discrezionalità tecnica e per questo foriere di abusi in termini di azioni e inazioni, stasi e incompletezze, straripamenti di "poteri di istruttoria occulta". La rappresentazione grafica di un inquirente a cui tutto è concesso, «eroe della pubblica opinione o giustiziere riconosciuto», in un segmento procedimentale tanto enfatizzato quanto incontrollato da quel giudice deputato a garantirne la legalità, è tratteggiata con la presa d'atto di una serie di "anomalie" che pesano troppo sulla funzione garantista che l'architettura complessiva del sistema intende assicurare, già messe in luce dalla Corte costituzionale ma, di fatto, trascurate dalla prassi e dalla giurisprudenza di legittimità…». Si tratta – aggiunge E. DE FRANCO, op. cit. pag. 8 - di una vera e propria «…inversione metodologica che pretende di risolvere i problemi dell'ipertrofia del sistema penale intervenendo, invece che sul diritto sostanziale, sul processo, orientandolo sempre di più a principi di efficienza aziendalistica…».

[74] Cfr. C. SOTIS (2), *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 4/2017, pagg. 1346-1390.

[75] Come ricorda A. GARGANI (1) - *Dal corpus delicti al Tatbestand, Le origini della tipicità penale*, Giuffrè 2007, pag. 2 - «…nell'analisi tripartita del reato l'espressione "fatto tipico" viene comunemente utilizzata per indicare sia lo schema legale astratto del fatto penalmente rilevante, sia un accadimento che reca in sé i contrassegni obiettivi di un dato reato. Tale concetto si compone di due profili, ovvero il riferimento al "fatto" e la sua qualificazione come "tipico", strettamente connessi ed interdipendenti tra di loro, sia sul piano logico sia dal punto di vista dell'evoluzione storica del significato ad essi attribuito. Mentre il "fatto" è l'elemento costitutivo autonomo che precede - nella scomposizione analitica del reato in astratto - l'antigiuridicità e la colpevolezza, la tipicità rappresenta sia un carattere del reato (e cioè l'essere questo descritto per tipi) sia il primo requisito che un accadimento (reale o concreto) deve possedere per poter essere considerato un reato. La pluralità di significati, di contenuti e di funzioni, spesso in contraddizione tra di loro, attribuiti alla nozione di "fatto" delle indagini sulla tipicità penale, hanno reso difficoltosa la comprensione dell'identità concettuale di tale categoria sistematica. Alle incertezze rilevabili sul piano terminologico (in dottrina si registra infatti una disorientante varietà di usi linguistici: fatto, fatto tipico, elemento materiale, elemento oggettivo, tatbestand, fattispecie materiale, fattispecie oggettiva, eccetera) si aggiunge

di tal tipo assume connotati di attualità proprio a seguito del rito rilasciato dal D. Lgs. n. 150 del 2022, oggetto di profonde modifiche che incidono anche sulle interazioni tra fatto tipico e processo[76] .

La nostra riflessione solo *prima facie* è di esclusiva matrice processuale, posto che da tempo la dottrina penalistica rileva una certa forza espansiva del processo per significarne l'esaltazione quale realtà e dunque "verità" del diritto, contrapposta alle "ineffettività" che soffrono principi cardine del diritto penale sostanziale – quali la stessa tipicità – a contatto con le pragmatiche istanze dell'accertamento processuale.

> Come rileva Alberto GARGANI[77] «*la crescente* vis expansiva *del processo è alla base del mutamento ideologico e culturale che si registra nei confronti della "creatività" giurisprudenziale e che si manifesta nell'acritico recepimento del diritto vivente. Il progressivo trasferimento di funzioni dalla sfera sostanziale a quella processuale viene accettato e giustificato in nome della ragion pratica. Strumentalizzando le innegabili interazioni funzionali tra diritto sostanziale e dinamiche processuali, gli obbiettivi general-preventivi vengono perseguiti attraverso il processo, quale tecnica di controllo sociale, suscettibile, altresì, di attirare il consenso collettivo, attraverso mirate rappresentazioni mediatiche*». Alessandro GAMBERINI[78] rileva una certa "usura della tipicità", che favorisce da un lato interpretazioni lontane dalla norma, dall'altro l'attività di «*pubblici ministeri che disegnano il monopolio dell'azione penale sempre più affascinati da percorsi che riposano su aspettative sociali veicolate attraverso impulsi mediatici. La norma è sullo sfondo, uno degli strumenti, e neppure il più interessante e decisivo, sul quale misurare la scelta dell'indagine e l'ampiezza di risorse per svolgerla. Investiti dal vibrante ruolo di controllori della legalità, utilizzano il processo come uno strumento duttile nel quale operare la dimostrazione a tutto campo della capacità di estirpare fenomeni criminali, che di volta in volta vengono portati alla loro attenzione. Chi considerasse quello che avviene una patologia facente capo ai singoli o alla corporazione farebbe torto alla comprensione di ciò che accade. L'intelligenza e la capacità dei protagonisti fanno in taluni casi la differenza, ma rappresentano una quantità trascurabile rispetto all'andamento del fenomeno, conseguenza diretta del venir meno di una guida sicura di riferimento…*».

---

la tendenza ad affrontare l'estensione ed il contenuto di tale nozione, prendendo le mosse da accezioni di "tipicità" e di "fatto" presupposte come univoche…».

[76] Ciò in quanto – come osserva F. DI VIZIO, *op. cit.* pag. 4 - «dal nuovo assetto promana un indubbio potenziamento della portata euristica e dell'attendibilità delle indagini preliminari a discapito della fase processuale e, in particolare, di quella dibattimentale: le prime perdono ogni aspirazione all'incompletezza e alla deformalizzazione – caratteri coerenti con un processo accusatorio classico – e si allineano ad un'evoluzione normativa ondivaga, alimentata da controriforme inquisitorie, manovre garantiste, inevitabile incidenza crescente della prova scientifica e tecnologica. Le indagini preliminari, in particolare, acquisiscono definitivamente i caratteri di completezza e piena formalizzazione e ricevono un crisma di autorevolezza destinato ad avere un peso rilevante anche sul giudizio. Ne scaturisce l'ulteriore marginalizzazione del contraddittorio dibattimentale quale metodo ottimale di ricerca della verità processuale, anticipato a momenti topici delle indagini».

[77] A. GARGANI (2) - *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, Criminalia, 2016, pag. 60.

[78] A. GAMBERINI - *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in Diritto Penale Contemporaneo, pag. 10, 31.3.2016.

Pertanto, posto che la riforma Cartabia persegue l'efficientamento del processo penale, al fine di verificare la tenuta, o meglio, la "resa"[79] del *Tatbestand* come filtro, può essere utile indagare – partendo dal problema della discrasia tra numero di procedimenti iscritti e sentenze di condanna in fattispecie come l'abuso d'ufficio e la colpa degli esercenti la professione sanitaria - la "densità" del fatto di reato all'interno del (nuovo) procedimento penale. Nella nostra riflessione sul rapporto tra fatto tipico e processo assume un certo peso anche il mutamento dei rapporti di forza tra pubblico ministero e giudice in ordine al "fatto" nel nuovo rito rilasciato dal D. Lgs. 150/2022[80].

La rilevanza di una indagine[81] su "fatto" e "fattispecie" *in action* trova legittimazione non solo nella dottrina penalistica[82] – riferendosi al concetto di imputazione, Francesco CARRARA[83] osservava come «*…è tra quelle parole che corrono sulla bocca di tutti e sempre che tutti siano concordi sulla loro significazione, ma se guardate addentro e cercate l'idea che corrisponde a quella parola nella mente di chi l'adopera, vi trovate in faccia ad un indefinito*…» - ma anche nella dottrina processualistica, che riconduce alla diversa connotazione dei due istituti il rapporto funzionale tra pubblico ministero e giudice[84].

---

[79] Il termine resa viene qui volutamente inteso nella doppia accezione: resa = sconfitta; resa = efficacia.

[80] Secondo A. DE CARO (1), op. cit. pag. 18, «il punto di partenza è rappresentato dalla generale signoria giurisdizionale sulla qualificazione giuridica del fatto anche in sede di controllo sul legale esercizio dell'azione penale e in sede di applicazione della misura cautelare o di autorizzazione ad effettuate intercettazioni telefoniche o ambientali, ovvero, più in generale, nel corso delle indagini preliminari. Il pubblico ministero ha il dominio sulla ricostruzione del fatto descritto nell'imputazione e sul percorso che conduce alla sua formulazione, il giudice, invece, conserva un potere non conculcabile sulla qualificazione giuridica del medesimo. In questa prospettiva, il principio ha una valenza estesa anche alla fase investigativa, ogni qual volta si estrinseca un potere di controllo esercitato dal giudice per le indagini preliminari in chiave di garanzia sui diritti dell'indagato».

[81] Sull'interpretazione del diritto penale in chiave processuale, cfr. N. AMORE, *L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo,* in Arch. Pen., n. 3/2022, pagg. 1-58.

[82] W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007.

[83] F. CARRARA, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Tip. Giusti, Lucca, 1870, pag. 203.

[84] E. DE FRANCO, op. cit. pag. 2, osserva come il nostro sistema processuale è orientato ad un rigido principio di separazione delle funzioni, di cui la differenza tra "fatto" e "fattispecie" sarebbe una traduzione in termini di sistematica del processo. A sostegno di tale assunto l'autore rammenta come *«…*nelle Università si insegna tuttora che uno dei corollari di un buon sistema processuale accusatorio è il discrimen dogmatico tra "fatto" e "fattispecie". Del "fatto" si occupa il pubblico ministero; della "fattispecie" si occupa il giudice. Il pubblico ministero formula il capo di imputazione; il giudice redige la sentenza. Il pubblico ministero ha il potere di modificare l'imputazione (cfr. artt. 423, 516 ss. c.p.p.), il giudice può al massimo sollecitare tale modifica. Allo stesso modo, il giudice può riqualificare la fattispecie, ma solo a struttura di fatto inalterata (si legga l'art. 521 c.p.p.). Egli non è mai vincolato alle conclusioni del pubblico ministero. Il giudice per le indagini preliminari, lungi dal potere formulare un'imputazione, può soltanto ordinare al pubblico ministero di farlo. Ciò perché nel nostro sistema processuale il pubblico ministero è il dominus del fatto, il giudice il dominus della fattispecie. Si badi bene, questa differenza (ontologica, dogmatica, semantica e sistematica) tra "fatto" e "fattispecie", lungi dall'apparire un mero orpello accademico, è in realtà un'irrinunciabile conquista di civiltà. Com'è noto, infatti, i sistemi inquisitori sono caratterizzati da un'invadenza del giudicante rispetto al magma dell'imputazione. In tale scenario, vi è un giudice-Leviatano che sovrasta le parti del processo e con esse l'imputato. Colui che formula l'accusa è ridotto a mera figura burocratica e a pigro notaio che declama la contestazione…viceversa, nei sistemi accusatori, il giudicante è (e deve essere) terzo e imparziale rispetto al fatto, sovraintendendo alla celebrazione del rito nel quale la prova viene assunta in contraddittorio tra le parti…».

Il dato processuale da cui muovere nell'indagine sul fatto è che il nostro ordinamento assegna al magistrato inquirente – sul quale incombe l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ai sensi dell'art. 112 Cost. - il compito di: vagliare se una determinata notizia costituisca reato e, pertanto, debba essere iscritta nel relativo registro; iscriverla tempestivamente quando ne ha operato valutazione positiva; iscrivere, quando noto, anche il soggetto cui va ascritta, sia pure in via astratta, la *notitia criminis*. Si spiega così perché «*il giudice…deve stare "lontano" dal fatto, perché il suo lavoro consiste nel valutarlo e nel ricondurlo a fattispecie. Sotto questo profilo, se il fatto è la pasta, tocca al pubblico ministero metterci le mani e non al giudice; tocca, invece, al giudice terzo e imparziale valutare il quadro accusatorio emerso a seguito dell'istruzione dibattimentale. Allo stesso modo, è coerente che il pubblico ministero non abbia mai l'ultima parola sulla qualificazione della fattispecie. Egli può e deve essere corretto ogni qual volta emerga un'esigenza di* iuris-dictio…[85]».

L'interrogativo su cui vogliamo provare ad offrire spunti di riflessione – al netto delle interazioni osmotiche tra diritto penale sostanziale e processo[86] e premesso che, come osserva Carlo Enrico PALIERO[87] «*…i termini dell'interazione funzionale mutano in dipendenza delle fasi processuali e del tipo di processo…*» - ha ad oggetto "quanto fatto" è sufficiente affinchè il P.M. iscriva la notizia di reato (capitolo 2 par. 3); "quanto fatto" è sufficiente affinchè il P.M. – dopo la selezione a monte prevista dal *novum* sulla scorta dei criteri di priorità – possa esercitare l'azione penale, ritenendo sussistenti le "ragionevoli previsioni di condanna" (cap. 3 sez. II par. 1); "quanto di quel fatto" approdato all'udienza preliminare consente al GUP di decretare il rinvio a giudizio (cap. 3 sez. II par. 2), e quanto al Giudice della udienza predibattimentale di disporre il giudizio (cap. 3 sez. II par. 3) sussistendo le "ragionevoli previsioni di condanna"; senza trascurare naturalmente che le fattispecie che precedono non corrisponderanno mai al "quantum di fatto" necessario affinchè il Giudice ritenga provata - al di là di ogni ragionevole dubbio - la sussunzione del fatto di cui alle fasi precedenti sotto la portata applicativa di una fattispecie di parte speciale[88], come tale meritevole di sanzione.

Cercheremo quindi di trovare un criterio interpretativo minimo, idoneo quanto meno a comprendere quando le previsioni di condanna possono essere considerate irragionevoli, senza trascurare che[89]

---

[85] E. DE FRANCO, op. cit. pag. 2.

[86] Per una illuminante indagine avente ad oggetto l'imputabilità, cfr. A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affirmative defenses*, in RIDPP 2015, 243.

[87] C. E. PALIERO (1), *Quale diritto per quale processo*? in AA. VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa,* a cura di L. FOFFANI e R. ORLANDI, Bologna 2016, pag. 191 e ss.

[88] Cfr. M. PAPA, *Fantastic Voyage, attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Giappichelli, 2019.

[89] G. COCCO, *L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari*, in Sistema Penale, 25.1.2024, pag. 2.

nell'ambito della ricostruzione delle regole interpretative in materia penale proprie dello stato di diritto e della *rule of law* - in conformità al principio di legalità, declinato come riserva di legge, tassatività e determinatezza, in particolare marcando la differenza con la *common law* - può porsi la regola secondo la quale il giudice, quando ricerca il principio in diritto utile per la decisione, non solo deve interrogarsi sulle finalità legislative, ma deve anche seguire la logica del legislatore, cioè, deve guardare oltre il caso al suo esame verso l'intera classe di casi delimitati dalla descrizione legislativa affinché la sua interpretazione attribuisca un significato al testo normativo in grado di renderlo più preciso e determinato ovvero certo in termini generali e astratti.

CAPITOLO II

LA RILEVANZA DEL FATTO NELLA GENESI DEL PROCEDIMENTO: LA NOTIZIA DI REATO.

1.1. Le questioni sul tappeto

L'indagine sulla "densità" del fatto all'interno del processo rilasciato dalla (Legge 134 del 27.9.2021 e) dal D. Lgs. 150/2022 richiede due distinte scansioni: la *prima*, afferente il momento in cui nasce il *procedimento*, ovvero (trascurando allo stato il fenomeno delle c.d. pre-investigazioni[90]) l'iscrizione di fatti nel registro delle notizie di reato[91] e la selezione dei fatti rilevanti perché il P.M. (e quindi la polizia giudiziaria e le difese) possano investigarvi[92]; la *seconda*, afferente il momento genetico del *processo*, cui il fatto può accedere solo se vi sono "ragionevoli previsioni di condanna"[93] (*infra* capitolo 3).

Le modifiche *de quibus* – come osservato da Roberta APRATI[94] già a margine della Relazione della Commissione Lattanzi sul progetto di riforma – trovavano origine nell'esigenza di «*fronteggiare una serie di prassi non virtuali sedimentatesi per governare la fisiologica emergenza gestionale, e segnatamente: quella di non iscrivere il nominativo dell'indagato nel relativo registro per lucrare tempi investigativi nei procedimenti relativi ai reati "più importanti" e, di contro, iscrivere immediatamente il nominativo dell'indagato, senza indagare né prima né dopo l'iscrizione, nei procedimenti relativi ai reati*

[90] cfr. N. TRIGGIANI, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in Arch. Pen. n. 1/2021, pag. 1-20.

[91] cfr. la previsione di cui all'art. 1. comma 9 lett. p) della Legge 134/2021, che attribuiva al Legislatore delegato il compito di «*…precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni…*».

[92] Il legislatore prevedeva all'art. 1 comma 9 lett. i) della Legge 134/2021 che «*…gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuano criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili…*».

[93] L'art. 1 comma 9 lett. a) della Legge 134/2021 attribuiva al Legislatore delegato il compito di «*…modificare la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna…»*; l'art. 1 comma 9 lett. m) l. cit. disponeva di «*…modificare la regola di giudizio di cui all'articolo 425 comma 3, del codice di procedura penale nel senso di prevedere che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna…*».

[94] R. APRATI (1), *Le indagini preliminari nel progetto di legge delega della Commissione Lattanzi – art. 3, lett. a), c), d), e), e-bis), e-ter), e-quater), h), i), i-bis), i-ter), i-quater)*, in www.giustiziainsieme.it, 1.7.2021, pag. 3.

"meno importanti"; quella di esercitare l'azione penale per tutti i reati "importanti" e, nel contempo, di chiedere l'archiviazione per tenuità del fatto per tutti i reati "non importanti" (praticamente in massa) in ambo i casi senza valutare troppo a fondo la sostenibilità dell'accusa; quella, infine, di scegliere in base a valutazioni discrezionali dei singoli pubblici ministeri o degli uffici (in base al progetto organizzativo) l'importanza dei reati».

Le disposizioni con le quali il legislatore ha inteso modificare sensibilmente il rapporto tra fatto e processo nelle indagini preliminari avevano trovato una prima attuazione nello schema di decreto del 4.8.2022, approvato in esame definitivo nel Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022, il cui tenore confermava come, nell'architettura del rito post riforma, il tema del *fatto* all'interno del processo – nelle scansioni sopra rassegnate - assumesse un ruolo non di poco momento.

Da qui – come anticipato al capitolo 1 - l'amplificazione dei dubbi circa la inidoneità del *Tatbestand* a fungere (ancora) da filtro[95], partendo dalla oggettiva criticità di alcune fattispecie che, nonostante l'alta selettività perseguita dal legislatore attraverso modifiche "ultra tipizzanti" vengono massivamente iscritte dai pubblici ministeri nel registro degli indagati - con immaginabili costi a carico della macchina della giustizia e degli interessati - per poi esitare in un trascurabile numero di condanne da parte dei Giudici.

Per questo la nostra riflessione deve necessariamente muovere dalla fase genetica del *procedimento*, da intendersi anzitutto nell'accezione della iscrizione nel registro delle notizie di reato.

> Come ricorda Renzo ORLANDI[96] «*…quando la norma incriminatrice difetta di determinatezza (ad esempio, l'art. 416-bis), si allarga in misura considerevole l'area dei comportamenti sussumibili sotto una data fattispecie. Talune condotte (ad esempio quelle collegate ad attività imprenditoriali), lecite se considerate isolatamente, potrebbero connotarsi come illecite, se analizzate alla luce di un avvolgente contesto criminoso. L'organo incaricato dell'accusa deve in questi casi affrontare un compito che – stando all'ordinamento – gli sarebbe estraneo: prima di avviare l'indagine preliminare, egli deve delimitare il campo della propria futura attività, selezionando preliminarmente i fatti da investigare. In altre parole, egli deve supplire al difetto di determinatezza della fattispecie normativa…*».

[95] Quanto alla funzione di "filtro" del Tatbestand, C. SOTIS (1) - op. cit. pag. 470 - ricorda come «il passaggio dal tardo medioevo alla modernità giuridica in diritto penale è la storia del passaggio da un diritto penale della narrazione al diritto penale delle fattispecie. Però – ed il punto è veramente essenziale – non è che il diritto penale delle fattispecie abbia smesso di narrare. Solo che è tenuto a farlo in modo diverso. Il diritto penale delle fattispecie non è solo predeterminazione legale degli elementi del fatto: è predeterminazione legale degli elementi di un tipo, quello che Francesco Palazzo chiama «tipo criminoso» il disvalore specifico che ogni reato è chiamato a esprimere. Le fattispecie non debbono quindi essere solo predeterminate, precise e previste per legge, ma debbono anche esprimere questo disvalore autonomo e specifico. Debbono, in altri termini, avere una peculiare componente narrativa, cioè essere provviste di senso…».

[96] R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis*? in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, p. 568.

Ma la riflessione deve poi avere ad oggetto anche la genesi del *processo*, ovvero il momento in cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, quand'anche a seguito di un ordine impartito dal giudice per le indagini preliminari (dopo la reiezione della richiesta di archiviazione).
Da una prima disamina delle rilevanti modifiche introdotte dalla riforma Cartabia in ordine alla incidenza di fatto e fattispecie nelle indagini preliminari, pare infatti riaffiorare all'orizzonte il *constare de corpore delicti* di matrice inquisitoria.

> Confermando le origini (processuali) della tipicità penale, Alberto GARGANI[97] osservava come «…*secondo la ricostruzione storica dominante in materia, la tipicità penale ed in particolare la categoria del* fatto tipico *affonderebbe le proprie radici nel concetto di* corpus delicti *che nell'ambito della cornice sistematica imposta dal processo inquisitorio costituiva l'insieme delle tracce esteriori del reato. La verifica del* corpus delicti*, dell'effettiva commissione del reato, costituiva, infatti, l'oggetto del primo stadio della istruttoria inquisitoria, denominato* inquisitio generalis*. Concepito come* veritas delicti*, il* corpus delicti *costituiva l'argine contro indagini prive di fondamento materiale ed il limite al potere punitivo del giudice, che non poteva procedere allo stadio successivo - denominato invece* inquisitio specialis *e finalizzato a determinare la reità - in mancanza di prova del cosiddetto "*constare de corpore delicti*". In un'epoca caratterizzata dalla pressoché totale dipendenza del reato da esigenze processuali, la selezione del penalmente rilevante veniva attuata non già in base ad una fattispecie ma secondo le tracce sensibili dell'illecito»*. In senso analogo, Rocco ALAGNA[98] ritiene potersi «*affermare con certezza che il Tatbestandsbegriff trova matrice nel concetto processuale di* corpus delicti*, che è stato, nella seconda metà dell'Ottocento, prima oggetto di estensione e poi di astrazione, fino a giungere, agli inizi del Novecento, al concetto di Tatbestand belinghiano; che ha influenzato tutta la dottrina italiana del fatto, da Giacomo Delitala[99] ad Antonio Pagliaro[100] e Giorgio Marinucci»[101]*.

Come emergerà all'esito della nostra indagine, in attesa delle prime applicazioni pratiche sul tema delle iscrizioni (e sulle "ragionevoli previsioni di condanna") pare stagliarsi dalla coltre di norme ed istituti oggetto di modifica un nuovo principio: la "*meritevolezza di procedimento*", per dirla con Carlo SOTIS[102]; nel senso che, in conformità alla complessiva *ratio* della riforma Cartabia - forse più per esigenze di

[97] A. GARGANI (1), op. cit. pag. 2 e ss.

[98] R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato,* Bologna, 2007, pag. 200 e ss.

[99] G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976.

[100] Secondo A. PAGLIARO – voce Fatto (dir. pen.), in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967, pag. 951 – il Tatbestand assume natura processuale, posto che solo al processo può essere accertato l'illecito penale, aggiungendo che il fatto non è un concetto oggettivo e ristretto, ma è frutto di un pensiero processualistico e quindi da rifiutare in un'ottica sostanziale.

[101] G. MARINUCCI - *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico- criminali*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1983, p. 1207 e ss. – scolpisce la definizione di fatto sull'offesa al bene giuridico, di tal che il fatto è l'insieme degli elementi oggettivi che caratterizzano il reato come offesa al bene tutelato.

[102] C. SOTIS (3), op. cit. pag. 1467.

efficienza ed efficacia che per sentito garantismo - la gogna del procedimento e del processo (dovrebbe) spetta(re) solo ad alcuni fatti, il cui disvalore merita di ricevere una (più) rapida e ferma sanzione dello Stato.

Questo nuovo principio "a monte" incide sui (nuovi) presupposti per la iscrizione di un *fatto* nel registro degli indagati, ed onera il Pubblico Ministero – invariato l'art. 112 della Costituzione e l'esercizio obbligatorio dell'azione[103] - a selezionare e trattare con un nuovo criterio i fatti penalmente rilevanti, secondo valutazioni oggi più che mai intrise di profili anche processuali[104], non solo sostanziali. La "*meritevolezza di procedimento*" "a valle" della selezione poi, incide sul criterio di valutazione prognostica dei fatti oggetto di iscrizione, selezione e trattazione durante le indagini preliminari, consentendo di valicare il confine tra *procedimento* e *processo* non più ai fatti "*idonei a sostenere l'accusa in giudizio*" [105], bensì ai fatti che sia ragionevole prevedere conducano alla condanna (cfr. capitolo 3) e che all'esito del giudizio dovranno essere sempre provati *al di là di ogni ragionevole dubbio*[106].

---

[103] Per una sintesi dei problemi relativi all'azione penale fatti propri dal Ministro della Giustizia succeduto alla prof.ssa Marta CARTABIA, dott. Carlo NORDIO, cfr. D. PULITANÒ (1), *L'avvio della nuova legislatura e i problemi del penale*, in Sistema Penale, 23.12.2022.

[104] Come ricorda G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Editori Laterza, 2020, pag. 9, a proposito del rapporto tra selezione dei fatti processuali e fattispecie, noi siamo portati ad immaginare che questo serva per accertare se un determinato fatto del passato corrisponda alla descrizione normativa di un reato, cioè per operare una sorta di collazione tra un "fotogramma" storico estrapolato dal fluire delle vicende umane e la "fotografia" legislativa di una condotta che l'ordinamento intende punire, appropriatamente chiamata fattispecie (dal latino facti species: immagine del fatto). La fantasia della realtà, tuttavia, propone sempre elementi esorbitanti rispetto alla descrizione normativa della condotta illecita: l'accusatore deve quindi operare una selezione dei dati fattuali rilevanti per tale fattispecie e cercare di dimostrarne il fondamento storico. Ma soprattutto: non è il fatto ad essere oggetto dell'accertamento giudiziario (basti pensare che una delle formule conclusive del processo è "assolto perché il fatto non sussiste"), ma l'ipotesi (accusa) di una certa ricostruzione del fatto. Una ipotesi che sarà formulata sulla base degli indizi (da indicere: far sapere, manifestare) e dei ricordi, che ogni fatto lascia nel mondo circostante. Sta alla investigazione penale rinvenirne e raccoglierne le tracce (vestigia facti, impronte del fatto) sia nel mondo fisico (una lettera, una costruzione abusiva, un libro contabile, un reperto biologico, un'ulcerazione del tessuto cutaneo, un sms nel cellulare, un'impronta digitale su un'arma), sia nella memoria di un soggetto (una percezione visiva del testimone oculare, una confidenza ricevuta, parole o grida sentite). Sulla base degli elementi raccolti l'autorità inquirente potrà eventualmente formulare un'accusa, mentre nella fase del giudizio si cercherà di assemblare il puzzle dei ricordi e delle cose che "parlano" di quel fatto per testare se l'accusa possa considerarsi fondata, al di là di ogni ragionevole dubbio.

[105] Secondo G. CORETTI, *La ragionevole durata delle indagini alla luce della riforma Cartabia: nihil sub (italico) sole novum*, in Arch. Pen. n. 2/2022, pag. 18, in sostanza, la nuova regola di giudizio sposta l'oggetto della valutazione preliminare dall'utilità del dibattimento ad un giudizio di colpevolezza dell'imputato. Tuttavia, il tentativo di modellare il giudizio preliminare "ad immagine e somiglianza" del giudizio dibattimentale rischia di far male sia al primo che al secondo: al giudizio preliminare perché la finalità delle indagini non è quella di accertare la verità al di là di ogni ragionevole dubbio, e questo obiettivo appesantirebbe troppo la fase prodromica, caricando sia l'opzione in favore dell'azione che il decreto che dispone il giudizio di una «ipoteca fin troppo pesante, da cui l'imputato potrebbe emanciparsi solo optando in favore di un rito alternativo»; allo stesso tempo l'omologazione rischia di provocare un abbassamento dello standard dell'accertamento dibattimentale, che potrebbe accontentarsi di semplici elementi di conferma del giudizio preliminare «con buona pace del principio di presunzione di non colpevolezza.

[106] A questo livello di indagine appare sufficiente osservare come il criterio prognostico che presiede alla valutazione del giudice per le indagini preliminari in sede di archiviazione ai sensi degli artt. 408 e ss. c.p.p. e del giudice dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 425 c.p.p. è affatto

Quanto precede suggerisce, nell'ambito della prima scansione procedimentale oggetto di disamina – quella relativa alla genesi del *procedimento* – di trattare solo le modifiche in materia di "iscrizione" (trascurando quelle in materia di "trattazione" delle notizie di reato[107]), demandando poi ad ulteriore capitolo le modifiche attinenti alla fase genetica del *processo* (cfr. capitolo 3).

1.2. Le modifiche in materia di iscrizione della notizia di reato operate dall'art. 1 comma 9 lett. p) della L. 134/2021

La Legge 134 del 2021 dedicava diverse norme al tema delle iscrizioni delle notizie di reato inteso come "momento genetico" del procedimento, disciplinate dall'art. 1 comma 9, vera e propria norma "contenitore" [108].

diverso da quello che impone al giudice di pronunciare a seguito di dibattimento sentenza di condanna ai sensi dell'art. 533 c.p.p. Si vedrà infatti nel capitolo dedicato alla "densità" del fatto nel momento genetico del *processo*, che "ragionevoli previsioni di condanna" e "ragionevole dubbio" non coincidono, alla stessa stregua di quanto accadeva ante riforma per il parametro della "idoneità dell'accusa a sostenere il giudizio", dovendo il giudice utilizzare un parametro prognostico in sede di valutazione della richiesta di archiviazione diverso rispetto alla sede definitoria del grado cfr. C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in Arch. Pen., n. 2/2022, pagg. 1-25.

[107] Come anticipato, a tenore dell'art. 1, co. 9, lett. "i" introdotto dalla Riforma Cartabia, «*gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito di criteri generali indicati con legge dal Parlamento*», dovranno individuare «*criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle Procure*» (e, dunque, da sottoporre al CSM come già ora previsto), «*al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili*». Per garantire l'efficacia di tale disposizione è pure previsto che ciò avvenga allineando la procedura di approvazione dei suddetti progetti organizzativi a quella delle tabelle degli uffici giudicanti. La norma in esame prevede – come anticipato - che gli uffici del pubblico ministero "*per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito di criteri generali indicati con legge dal Parlamento, individuino priorità trasparenti e predeterminate, da indicare nei progetti organizzativi delle Procure"* (da sottoporre al CSM come già ora previsto), "allineandoli", quanto alla procedura di approvazione, a quella delle tabelle degli uffici giudicanti. In sostanza, volendo semplificare - S. PANIZZA, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio… nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, *Questione Giustizia*, 5 gennaio 2022 - si delinea un procedimento a tre stadi: nel primo interviene il Parlamento con legge, indicando "criteri generali"; nel secondo gli uffici del pubblico ministero, i quali, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, individueranno "criteri di priorità trasparenti e predeterminati", da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare edell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; nel terzo, infine, il Csm, dovendosi allineare la procedura di approvazione dei progettiorganizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti. La indubbia portata riformatrice della norma ha suscitato critiche da parte di autorevoli magistrati inquirenti - A. SPATARO, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27.9.2021 n. 134,* in Questione Giustizia, 20.12.2021, pag. 1 - soprattutto nella parte in cui attribuisce al Parlamento la competenza a legiferare in ordine ai criteri generali cui le Procure dovranno attenersi nell'elaborazione dei suddetti criteri di priorità, assunto che involge il problema della compatibilità del *novum* con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

[108] così G. RUTA, op. cit. pag. 8.

Il tortuoso iter legislativo esitato nell'introduzione del D. Lgs. 150/2022 consente di disaminare l'articolato normativo oggetto della nostra riflessione, isolando idealmente tre fasi delle modifiche *de quibus*, che hanno occupato un arco temporale di quasi 18 mesi: quella precedente (relazione della c.d. Commissione Lattanzi, 24.5.2021); quella concomitante (approvazione dell'articolato normativo di cui alla legge delega, datata 27.9.2021) e quella successiva alla legge delega (schema di decreto approvato all'unanimità il 4.8.2022), per poi focalizzare l'obiettivo sulla disciplina licenziata dal D. Lgs. 150/2022 (10.10.2022), differita (con il D. L. 162/2022) nella entrata in vigore al 31.12.2022.

Il dato da cui muovere è che, prima della riforma Cartabia, il tema delle iscrizioni suscitava interesse solo perché legato al rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari previsti dall'art. 405 c.p.p. da parte del P.M. - titolare del monopolio della domanda penale (ai sensi degli articoli 50 c.p.p. e 112 Cost.) e *dominus* esclusivo dell'adempimento che della domanda rappresenta la fase embrionale, cui gli articoli 335 c.p.p. e 109 disp. att. c.p.p. riservavano questo compito - la cui violazione era punita con la inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza[109]. Come indicato dalla Consulta[110], il pubblico ministero era (ed è ancora) tenuto ad un ponderato esercizio dell'attività che l'ordinamento gli affida in ordine alla identificazione di una notizia di reato concernente fatti astrattamente sussumibili in una determinata fattispecie criminosa e come tale iscritta nel registro delle *notitiae criminis*, non potendo esercitare discrezionalmente tale potere[111] ma anzi dovendo[112] adempiervi senza soluzione di continuità rispetto al momento in cui sorgevano i relativi presupposti, senza cioè possibilità di scelta né in relazione all'*an*, né rispetto al *quid* e al *quando* dell'iscrizione .

> Nonostante il pubblico ministero fosse tenuto soltanto a riscontrare l'esistenza dei presupposti normativi che imponevano l'iscrizione e il suo aggiornamento[113] - e quindi la natura di atto dovuto dell'iscrizione – gli erano riconosciuti (più o meno legittimamente) spazi di discrezionalità tecnica – ma non sindacabile da parte del giudice – rispetto ai presupposti valutativi della iscrizione, con riferimento alla sussistenza "degli specifici elementi indizianti"

[109] L'iscrizione è sempre stata appannaggio del solo pubblico ministero, al quale competeva la ricezione dell'informativa contenente la notizia da parte della polizia giudiziaria e l'individuazione del registro nel quale procedere ad iscrizione, in quanto costituiva esercizio di attività giudiziaria, non sindacabile in sede amministrativa. In tal senso Cass. S.U., 22 novembre 2000, n. 33, PM in proc. Ignoti, Rv. 217244. Rv. 577941; in sede amministrativa, cfr. Circolari del DAG - Direzione generale della giustizia penale in data 21 aprile 2011 e 11 novembre 2016, in www.giustizia.it

[110] Cfr. Corte Cost., ordinanza n. 3 del 2020, in banca dati De Jure.

[111] F. DI VIZIO, *op. cit.* pag. 8.

[112] Così Cass. 24 settembre 2019, n. 40500, Barletta e altri, Rv. 277345, in banca dati De Jure.

[113] Cass. SS. UU, 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, Rv. 244378, in banca dati De Jure.

evocati dall'art. 109 disp. att. c.p.p.[114], norma che con l'avverbio "immediatamente" non lasciava molto spazio ad interpretazioni equivoche.

Il legislatore delegante interveniva sul tema delle iscrizioni ritenendo *in primis* necessario "precisare i presupposti per l'iscrizione della notizia di reato" e "del nome della persona cui lo stesso è attribuito nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p.", "in modo da soddisfare esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni"[115].

Altrettanto rilevante ai nostri fini la inedita previsione[116] di un meccanismo di controllo giudiziale sulla tempestività dell'iscrizione[117] - e quindi sulla "densità" del fatto nella *notitia criminis* - promosso dall'indagato, con un termine di decadenza decorrente dal momento in cui lo stesso ha facoltà di prendere visione degli atti che avrebbero imposto l'anticipazione della iscrizione e con un onere di allegazione a suo carico[118]. L'effetto di tale modifica è stata la previsione[119] che il giudice per le indagini preliminari, anche d'ufficio, quando ritiene che il reato sia da attribuire a persona individuata, ne ordina[120] l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., se il pubblico ministero non vi abbia provveduto, analogamente a quanto già si verificava prima della riforma Cartabia in sede di delibazione della richiesta di archiviazione[121].

---

[114] A tenore dell'art. 109 disp. att. c.p.p., «*la segreteria della procura della Repubblica annota sugli atti che possono contenere notizia di reato, la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e li sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato*».

[115] In tal senso disponeva la lettera *p* dell'art. 1 c. 9 l. cit.

[116] Così la lettera *q)* dell'art. 1 c. 9 l. cit.

[117] R. APRATI (1), op. cit., pag. 5.

[118] Come osservava G. RUTA, op. cit. pag. 11, «il tenore della norma appariva da subito problematico atteso che se non vi erano dubbi sull'impossibilità per il giudice di disporre d'ufficio la retrodatazione dell'iscrizione, necessitando istanza motivata dell'indagato, e ancora, sulla possibilità di disporre la retrodatazione solo in caso di "ingiustificato ed inequivocabile ritardo", non era tuttavia chiaro se il controllo dovesse avvenire cartolarmente o in udienza e nel contraddittorio tra le parti. Complessa rischiava di rivelarsi anche la determinazione del momento a partire dal quale scattava il termine di decadenza, connesso al realizzarsi di un momento conoscitivo, quale poteva essere una almeno parziale *discovery*. Gli effetti della retrodatazione sarebbero stati naturalmente l'inutilizzabilità "patologica" degli atti di indagine compiuti fuori termine, non essendo chiaro se e in che termini la decisione del giudice potesse essere oggetto di impugnazione o di una qualche forma di emenda, essendo evidente invece l'interesse per le parti coinvolte, incluso il pubblico ministero. Infine, la retrodatazione doveva riguardare i soli casi in cui gli elementi indizianti fossero non solo «specifici», ma anche "autoevidenti"».

[119] In tal senso disponeva la lettera *r)* dell'art. 1 c. 9 l. cit.

[120] Secondo E. DE FRANCO, op. cit. pag. 5, «*…nulla vieta all'iscrizione coattiva di trasformarsi nella prassi in un indebito strumento di direzione delle indagini*…».

[121] Cfr., in senso favorevole a tale modifica, M. GIALUZ- J. DELLA TORRE, *op. cit.*, pagg. 340 e ss.; contra, E. DE FRANCO, op. cit. pag. 5.

La portata per certi versi rivoluzionaria delle modifiche *de quibus* suscitava vivace riflessione da parte nella dottrina[122] già prima della entrata in vigore della Legge 134 del 27.9.2021[123], allorquando veniva resa nota la relazione della Commissione di studio Lattanzi[124].

Prima di rassegnare diffusamente cosa è stato inteso per notizia di reato per quasi un secolo e cioè dal codice Rocco fino alla entrata in vigore della riforma Cartabia, e perché la carenza di una definizione ha favorito *bad practices* da parte delle Procure, appare sistematicamente più corretto dare conto dell'incarico conferito dal legislatore delegante con la legge 134/2021 al delegato.

2.1. La precisazione dei presupposti per l'iscrizione nel registro 335 c.p.p.

Come anticipato, con l'art. 1 comma 9 lettera p) della Legge 134 del 27.9.2021 il legislatore della riforma Cartabia incaricava il Governo di «precisare» i presupposti dell'iscrizione, in modo da soddisfare *esigenze di garanzia, certezza e uniformità*, esigenze che – come vedremo - trovavano origine anche nelle prassi illegittime in materia di iscrizioni rilasciate dal Codice del 1988 (*infra* par. 2.1.2.1) e nelle deviazioni dal modello normativo in materia di iscrizioni (*infra* par. 2.1.2.2), agevolate dalla mancanza di una definizione di *notitia criminis* (*infra* par. 2.1.1)[125].

La "precisazione dei presupposti" nella Legge 134 del 2021 era stata quindi integralmente rimessa al legislatore delegato, circostanza che[126] non consentiva ancora di comprendere appieno la portata

---

[122] R. APRATI (1), pagg. 1-14.

[123] Secondo N. ROSSI (1) - *Iscrivere tempestivamente le notizie di reato. Il P.M. in bilico tra precetti virtuosi e potenti remore*? in Questione giustizia on line, 18.6.2021 op. cit., pag. 5 - la Riforma poteva sortire effetto antitetico rispetto a quello che intendeva perseguire. L'autore non faceva mistero di temere un condizionamento del pubblico ministero in fase di valutazione sui tempi più corretti per effettuare le iscrizioni, potendo essere adesso sottoposte ad un controllo del giudice dagli esiti imprevedibili. E, poiché nella fase iniziale delle indagini l'organo inquirente fisiologicamente ignora quale possa essere la complessità e la durata delle investigazioni, questi poteva essere indotto, per non dire costretto, a iscrivere "tutto e subito" per scongiurare l'esito catastrofico della parziale inutilizzabilità dei risultati investigativi acquisiti; e ciò nonostante le chiare linee guida introdotte sul tema nel più grande ufficio di Procura d'Europa (quello di Roma) dall'allora titolare, condivise dalla stessa Commissione Lattanzi.

[124] Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435, p. 1-76, in *www.sistemapenale.it*, 24.5.2021.

[125] Tra i commenti a prima lettura della legge delega, vi era stato chi – come G. RUTA, op. cit. pag. 12 – agitava sospetti di incostituzionalità per mancato rispetto dell'art. 76 Cost., posto che l'espressione «*precisare i presupposti dell'iscrizione*» si sarebbe risolta in una formulazione tautologica, perfettamente sovrapponibile al principio affermato dalla Costituzione, ma del tutto priva di contenuto, di tal che sarebbe stato preferibile chiarire quali fossero i «principi e criteri direttivi» sulla base dei quali precisare i presupposti della iscrizione, non potendo essere «*le esigenze di garanzia, uniformità e certezza*», perché queste sarebbero semmai stati gli effetti auspicabilmente derivanti dall'intervento normativo, non anche un valido criterio informatore per definirli.

[126] G. RUTA, op. cit. pag. 13, argomentava i dubbi sulla legittimità della norma richiamando esempi classici, quali ad es. le ipotesi del concorso di persone e di cooperazione colposa nel reato, laddove spesso è tutt'altro che agevole definire i termini del contributo rilevante (si pensi, nei casi di reati commessi in seno ad organi collegiali, all'insorgere dei cd. "segnali di allarme"; o ancora, nei reati colposi, ai lavori in équipe). Si consideri ancora l'ipotesi dei reati a condotta frazionata, ove non è agevole comprendere se sitratti di più reati unificati dal vincolo della continuazione o di

innovatrice della novella, imponendo, quale parametro valutativo ancora il riferimento ai noti insegnamenti della Cassazione a Sezioni Unite *Tammaro* e *Lattanzi*[127] e, molto più pragmaticamente, la "circolare Pignatone"[128].

In senso critico anche Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE[129], secondo i quali il delegante avrebbe dovuto invece definire la notizia di reato, magari valorizzando il tenore della proposta avanzata tempo addietro dalla Commissione di riforma del codice di rito presieduta dal Prof. RICCIO, individuando una "soglia probatoria" per le iscrizioni oggettive, così legittimando una sorta di "pre indagine preliminare". In senso favorevole si sarebbe invece pronunciato il C.S.M.[130], che nel parere del 22.9.2022 aveva ritenuto le modifiche in ordine alla notizia di reato in linea con il parere reso dallo stesso organo costituzionale il 29.7.2021 e con la giurisprudenza di legittimità resa in ordine al previgente art. 335 c.p.p.

Permanevano quindi *medio tempore* – nell'attesa cioè dell'esercizio della delega da parte del Governo - da un lato, le note questioni circa l'area grigia che avvolge sempre una valutazione embrionale di indizi e la direzione delle indagini; dall'altro, il concreto rischio che tale disciplina rischiava concretamente di

un unico reato caratterizzato da una condotta diluita nel tempo. Si pensi poi alle ipotesi, decisamente ricorrenti nella micro come nella macro-criminalità, di reati commessi a catena, dove l'aggiornamento delle notizie di reato rischia di esporsi a variabili in fatto non facilmente controllabili.

[127] Cass., sez. un., 21.6.2000, n. 16, Tammaro, in Banca dati Dejure; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, in Banca dati Dejure.

[128] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, N. 3225/17 Prot.Gab. TAB. Nella circolare veniva opportunamente ricordato che «*se è evidente la funzione di garanzia che riveste l'iscrizione all'interno del procedimento...la condizione di indagato è connotata altresì da aspetti innegabilmente negativi*» giacché «*dall'iscrizione - e dai fisiologici atti processuali che ne conseguono - si dispiegano per la persona indagata effetti pregiudizievoli non indifferenti, sia sotto il profilo professionale (in particolare per i pubblici dipendenti ma non solo) sia in termini di reputazione*». Effetti pregiudizievoli – proseguiva la circolare – «*diversi dal danno connesso alla notizia dell'iscrizione indebitamente o impropriamente propalata...e che sono riconducibili all'iscrizione in quanto tale*». Di qui, sempre secondo la circolare, l'esigenza, per i magistrati del pubblico ministero, di abbandonare la «*concezione formalistica imperniata sull'approccio ispirato ad una sorta di "favor inscriptionis"*», criterio non formalizzato ed estraneo al sistema «*e di assumere una più meditata responsabilità per le iscrizioni effettuate*». Con riguardo ai procedimenti per ipotesi di colpa medica il Procuratore della Repubblica di Roma scriveva: «*in tali frangenti si verifica talora che, a malintesi fini di garanzia, nell'immediatezza di una denuncia per il resto di cui all'art. 590 sexies c.p. siano iscritti quali indagati numerosi operatori sanitari, così da consentirne la partecipazione all'atto irripetibile rappresentato dall'esame autoptico. Si tratta di un'opzione non condivisa da quest'ufficio e che confonde i presupposti con le conseguenze; sino a quando non vi siano indizi specifici in ordine alla condotta di questo o quell'operatore sanitario, non vi sono i presupposti perché alcuno di essi sia avvertito del compimento di atti irripetibili e in seguito, quindi, nessuno potrà validamente opporre di non essere stato iscritto e avvisato*».

[129] M. GIALUZ- J. DELLA TORRE, op. cit., pag. 341.

[130] Parere sullo schema di decreto legislativo recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, delibera del 22.9.2022, in www.csm.it, pagg. 9 e ss.

incrementare proprio quella cultura dell'iscrizione come "atto dovuto" che costituiva il nemico giurato della riforma Cartabia, ovvero della iscrizione del "*tutto e tutti subito*"[131].

Non è difficile ipotizzare come il silenzio della legge delega sul punto non fosse affatto casuale, se è vero che la stessa Commissione Lattanzi[132] aveva rilevato la «*particolare delicatezza di un passaggio troppo spesso considerato un mero atto dovuto e sul rischio che si proceda a un'iscrizione esclusivamente formale di fatti, ma soprattutto di soggetti – coinvolti, ad esempio, in organismi ed équipe di lavoro (*si pensi ad es. alla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, la cui iscrizione sortisce effetti negativi in termini di progressione di carriera) *– la cui posizione sia quasi certamente estranea a profili di responsabilità penale*»[133].

Le rassegnate lacune della Commissione Lattanzi in ordine alla notizia di reato non avevano quindi trovato soluzione nella Legge 134 del 2021, attribuendo così tale onere allo schema di decreto approvato nel C.d.M. del 4.8.2022, recepito dal Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022, che aveva pure incassato il parere positivo del C.S.M.[134], secondo il quale «*…a fronte dell'opzione di predeterminare normativamente i criteri di iscrizione della notizia di reato e dell'indagato, il sistema che si intende introdurre è da ritenere quello preferibile. Esso…ha il pregio di riconoscere al P.M. una discrezionalità valutativa, e il tempo occorrente per selezionare e ponderare con oculatezza gli atti di indagine*

[131] Perpetuando le perplessità dei primi commenti alla Relazione della Commissione Lattanzi, N. ROSSI (1), op. cit. pag. 5 osservava come per un pubblico ministero sarebbe stato evidentemente molto più tranquillizzante, al fine di evitare patologie processuali, inutilizzabilità di atti (e rischi di natura disciplinare), procedere a iscrizioni massive, con l'effetto di raggiungere un risultato antitetico a quello dichiarato dal legislatore delegante: non una maggiore efficienza, ma una proliferazione di iscrizioni, l'esposizione di tanti cittadini alle traversie del procedimento penale, un complessivo appesantimento del sistema. Lo stesso autore censurava il lavoro della Commissione Lattanzi - e non risolto dalla Legge 134 del 2021 – avente ad oggetto modi e tempi dell'iscrizione, continuando a non essere chiaro, anzitutto, quando si fosse di fronte ad una notizia di reato che il pubblico ministero avrebbe avuto il dovere di iscrivere; e se il P.M. dovesse sempre iscrivere, a seguito di ogni esposto, magari vago e fumoso indirizzato al pubblico ministero. Del pari incerto se l'iscrizione dovesse essere compiuta in maniera più ponderata e meditata, e sulla base di quali valutazioni delle ricadute personali, professionali, sociali, economiche, politiche, istituzionali, di possibili iscrizioni "a pioggia" o "al buio" effettuate dal pubblico ministero.

[132] Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435, 24.5.2021, pag. 17. Dopo aver ricordato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo «*fa discendere le garanzie dell'art. 6 CEDU dalla "soggettivizzazione" dell'indagine, quando questa si polarizzi, da un quadro ad ampio raggio, su specifici soggetti*», la Relazione ricordava che «*gli effetti negativi indiretti, correlati all'iscrizione, possono costituire grave nocumento per soggetti comunque destinati a fuoriuscire presto dal quadro investigativo*».

[133] Secondo R. APRATI (1), op. cit., pag. 4 colmare la lacuna definitoria della Commissione Lattanzi avrebbe significato misurarsi a fondo con il fascio di problemi propri delle iscrizioni e dei loro tempi, e apprezzare la fluidità e le incertezze che accompagnano – inevitabilmente – le valutazioni e le determinazioni del pubblico ministero. In termini ancora più espliciti, N. ROSSI (1), op. cit. pag. 5. osservava come «*è sulle sabbie mobili di una "definizione" che ancora non c'è e di "presupposti" non ancora precisati che si erige il congegno della possibile retrodatazione giudiziale della iscrizione e della conseguente inutilizzabilità accertata* ex post *delle acquisizioni investigative successive al ricalcolo dei tempi delle indagini*».

[134] C.S.M., delibera del 22.9.2022, cit. pagg. 9 e ss.

(all'eventuale ritardo nella iscrizione il P.M. può rimediare d'"ufficio"), sia di garantire maggiormente i singoli, ponendoli al riparo da iscrizioni fondate su meri sospetti»[135].

Dal nostro punto di vista invece il contenuto della delega da parte del riformatore – e cioè la precisazione dei presupposti della *notitia criminis* al fine di evitare disparità di trattamento e prassi devianti sulle iscrizioni – ben si poteva inscrivere nell'ottica di valorizzazione del *Tatbestand* come filtro nel momento genetico del procedimento[136].

Nonostante le riserve di chi[137] temeva che queste disposizioni avrebbero indotto i magistrati inquirenti verso iscrizioni il più possibile anticipate, in modo da essere al riparo da ogni successiva contestazione giudiziale, vanificando perciò lo spirito della riforma Cartabia, ed anzi spalancando le porte alla formula dell'iscrizione come "atto dovuto" che si voleva in realtà far tramontare, le proposte di modifica avanzate dalla Commissione Lattanzi avrebbero trovato pieno recepimento da parte del Legislatore delegante con la Legge 134 del 2021, e dal Legislatore delegato con il Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022.

2.1.1. La notizia di reato: "consistenza" e "contenuto"

Rassegnate sommariamente le novità in materia di iscrizioni rilevanti ai fini della nostra indagine, è opportuno prendere confidenza con una delle "attrici non protagoniste" del nostro viaggio tra fatto tipico e (nuovo) processo: la notizia di reato[138].

---

[135]Non si poteva d'altro canto sottovalutare la portata efficientista della modifica, atteso che – come osserva A. SCALFATI, *Il fermento pre-investigativo*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020, pag. 10 - «la scelta di attribuire al magistrato del pubblico ministero l'esercizio dell'azione implica un dovere d'indagine limitato ai casi in cui si materializza la prospettiva di un reato…altrimenti bisognerebbe pensare che la magistratura abbia un ruolo di prevenzione o di sicurezza in tutti casi nei quali sorga il semplice sospetto che un'attività lecita (nasconda o) stia per materializzarsi in una illecita, con ovvi rischi circa inedite forme di controllo sociale».

[136] Soccorre ai nostri fini ancora S. FIORE, op. cit. pag. 138, il quale osserva come «il ricongiungimento della dimensione sostanziale della tipicità, con le sue origini ed il suo significato processuale avviene nell'ambito della costruzione teleologica non solo della teoria generale del reato, ma dell'intero sistema penale, orientato al perseguimento degli obiettivi di politica criminale definiti attraverso criteri di riferimento normativamente deducibili. Se infatti partiamo da quella consolidata opinione che assegna alla tipicità, in primo luogo, la prioritaria funzione politico-criminale di difesa della libertà personale legata al principio del nullum crimen, con tutti i suoi corollari, è facile comprendere come una tale funzione, per poter trovare realizzazione deve essere "assecondata" e resa effettiva proprio mediante strutture processuali, strumenti applicativi che risultino coerenti con una prospettiva volta alla delimitazione della responsabilità, e ciò innanzitutto, nella fondamentale fase della identificazione dei limiti, della rilevanza penale dei fatti oggetto di accertamento».

[137] N. ROSS (1)I, op. cit., pag. 6.

[138] Anche in questa parte della nostra riflessione è importante non perdere mai di vista l'osmosi tra diritto sostanziale e processuale, nell'ottica integrata di cui rassegna A. GARGANI (2) - op. cit. pag. 60 - quando rileva come, «secondo una ricorrente rappresentazione, si dovrebbe prendere atto della frattura, da tempo in atto, tra giuristi metafisici, dediti allo studio accademico del diritto, e giuristi pratici, attenti e sensibili alle dinamiche applicative. Mentre i primi, alla stregua di anatomopatologi, si limiterebbero a sezionare il reato, a prescindere dagli effetti performanti della prassi, i secondi coglierebbero i dati la "realtà" e la "fattualità" del diritto penale, quali si manifestano nelle forme e secondo le finalità del processo».

Il primo dato da cui partire è che della *notitia criminis* manca una definizione codicistica, per lo meno sino alla modifica dell'art. 335 c.p.p. ad opera del D. Lgs. 150/2022, di tal che possiamo per il momento definire la notizia di reato come l'informazione di un fatto, che perviene al pubblico ministero, i cui connotati esteriori consentono di sussumerlo in una norma incriminatrice[139].

Una comunicazione può diventare *notitia criminis* solo se promana da una fonte qualificata – es. denuncia, querela, referto… - essendo il nostro processo informato al principio del contraddittorio nella formazione della prova, non potendo la colpevolezza dell'imputato essere provata sulla scorta di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si sottrae all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore (art. 111 Cost.)[140].

La *notizia di reato* si pone nella sistematica del processo quale presupposto di fatto, esterno a quest'ultimo, nel senso che l'iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro ne rappresenta "l'atto iniziale"[141]. Il sintagma impiegato dal legislatore[142] - presente nel codice Vassalli in oltre trenta voci - ruota essenzialmente attorno a due poli: la *notizia* ovvero una informazione che rende noto un fatto, di tal che a sostanziarla concorre un imprescindibile contenuto informativo, la cui mancanza esclude si possa parlare di notizia in senso tecnico; il *reato* ovvero l'oggetto cui deve inerire la notizia.

Le premesse sopra rassegnate in tema di *tatbestand* e *notitia criminis* consentono di comprendere perché la notizia di reato assume un chiaro connotato di garanzia nel procedimento penale, nel senso che solo un fatto corrispondente ad una *notitia criminis* può essere oggetto di iscrizione nel registro degli indagati, momento a partire dal quale sorgono molteplici obblighi di natura processuale a carico del pubblico ministero ed a garanzia del soggetto iscritto (si pensi, ad esempio, al termine di durata delle indagini preliminari). È appunto la notizia di reato che fonda la legittimazione del pubblico ministero a svolgere

---

[139] R. VOLPE – A. DE CARO - *La notizia di reato tra qualificazione, iscrizione e controlli*, in Giustizia Insieme, n. 3/2010, pag. 65 - chiariscono a tal proposito che «…quando il pubblico ministero riceve la comunicazione di un fatto che individua un comportamento in possibile violazione del codice penale o di altra norma penale, capace di dar luogo ad una imputazione, ossia alla contestazione di una ipotesi di reato, si è in presenza di una notizia di reato. Non è necessario che ne sia indicato l'autore (potendo la notizia riguardare autore ignoto), né, nel caso in cui lo stesso sia individuato, ciò è indice della sua automatica fondatezza: lo stabiliranno le indagini preliminari, il cui prodromo è costituito proprio dalla notizia di reato. La ricerca compiuta dei requisiti strutturali del reato spetta alle indagini preliminari…».

[140] Pertanto anche se un esposto anonimo pervenuto alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero potrebbe - in astratto - contenere la descrizione di un fatto perfettamente riconducibile alla violazione di una norma penale sostanziale, capace, pertanto, di far elevare una imputazione, in tal caso non esiste *notizia di reato.* La denuncia o delazione anonima infatti non è tale poiché non attribuibile ad alcuno, vi è incertezza della fonte, ne manca la paternità (art. 203 c.p.p.), quindi è inutilizzabile ai sensi dell'art. 333, comma 3 c.p.p., a tenore del quale *delle denunce anonime non può essere fatto alcun uso*.

[141] A. ZAPPULLA (1), voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir*., *Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 889.

[142] R. LOPEZ, *La "cestinazione" delle notizie non costituenti reato*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di SCALFATI, Torino, 2020, pag. 82.

attività di indagine strettamente intese e a segnare l'ampiezza e i confini delle concrete attribuzioni investigative, perchè senza la notizia di reato gli spazi di intervento sono assai più limitati entro l'ambito delle attività pre-procedimentali[143].

La notizia di reato costituisce quindi *fondamento* e *limite* dell'attività di ricerca: giustifica l'avvio e lo sviluppo delle indagini, circoscrive ad un frammento storico l'azione investigativa, al fine di impedire fughe in terreni estranei al fatto da accertare.

Non sarà inopportuno precisare che l'iscrizione della notizia consegue ad una attività valutativa e non meramente certificativa da parte del pubblico ministero, assunto che trova riscontro nell'art. 109 disp. att. c.p.p.

> La norma prescrive alla segreteria della procura della Repubblica di annotare sugli atti che possono contenere notizie di reato, la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio, e li sottopone *immediatamente* al procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato. È evidente – come osservano Rosa VOLPE e Agostino DE CARO[144] - che la norma non si riferisce a quelle ipotesi in cui è facile ricondurre un determinato fatto giunto alla cognizione del pubblico ministero ad una norma incriminatrice: nella fisiologia del sistema il procuratore della Repubblica immediatamente ne ordinerà l'iscrizione nel registro delle notizie di reato. Come osserva Paolo PIRAS[145] – a proposito della responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie – *«…anche se la denuncia è nominativa e circostanziata, l'iscrizione presuppone comunque un'attività di controllo d'indagine e di verifica logica. È un atto che non è frutto di puro recepimento, ma è frutto di ricerca di dati e di creazione intellettuale…».*

Controversa[146] è invece la possibilità che - muovendo dall'aggettivo "immediatamente" di cui all'art. 109 disp. att. cit. - il procuratore della Repubblica, pur in presenza di atti che potrebbero anche essere notizie di reato, possa valutare di non iscriverle nel relativo registro (c.d. modello 21) in quanto, a suo (un tempo insindacabile) giudizio, non costituiscono *notitia criminis.*

---

[143] V. MAFFEO, *Iscrizione della notizia di reato, prassi anomale e impiego delle indagini: ineffettività dei rimedi*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020, pag. 36.

[144] R. VOLPE – A. DE CARO, op. cit. pag. 67.

[145] P. PIRAS (1), op. cit. pag. 2.

[146] Secondo R. VOLPE – A. DE CARO, op. cit. pag. 68 - spetta al procuratore della Repubblica verificare se un fatto che seppure qualificato, come può accadere, dalla polizia giudiziaria o altro soggetto trasmittente, quale notizia di reato, sia da ritenersi tale e, dunque, se ne debba operare la iscrizione nel registro di cui all'art. 335, comma 1, c.p.p. Non vi è, pertanto, alcun automatismo tra la ricezione di un atto denominato notizia di reato e iscrizione di esso nel registro delle notizie di reato.

Il dilemma – come sarà chiarito nei prossimi paragrafi - attiene alla tenuta del registro cd. modello 45, non disciplinato dal codice di procedura penale ma istituito presso tutte le procure della Repubblica, avente ad oggetto le iscrizioni delle notizie "non costituenti reato"[147].

La consapevolezza della potenziale complessità dello scrutinio – realtà che, secondo Fabio DI VIZIO, probabilmente nessuna riforma potrà mai mutare[148] – aveva tradizionalmente esaltato le prerogative processuali del pubblico ministero a fini di garanzia e condotto ad escludere la configurabilità di un potere del giudice di verificare la tempestività dell'iscrizione, per farne conseguire effetti sanzionatori di inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine decorrente, anzichè dal momento della formale iscrizione, da quando la *notitia criminis* avrebbe potuto e dovuto essere annotata.

> Altre acquisizioni consolidate erano quelle per cui l'obbligo d'iscrizione presupponeva l'emersione a carico di una persona di specifici elementi indizianti e non meri sospetti[149]; ulteriore ragione per la quale l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, sinora, rientrava nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero[150] e, ferma la configurabilità di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del p.m. negligente[151], era stato sinora sottratto, in ordine all'an e al quando, al sindacato del giudice, nelle fase delle indagini chiamato a controlli puntiformi anche perchè in possesso di informazioni parziali oggettivamente di ostacolo allo svolgimento di tale valutazione. Ripetuta, così, era stata l'affermazione per cui al giudice non spettava il potere di sindacare le scelte del pubblico ministero in ordine al momento dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, al fine di rideterminare il "dies a quo" dei termini di indagine e di dichiarare quindi l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine così ricomputato [152]; così come stabile era stato il riconoscimento giurisprudenziale per cui la tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. non incideva sull'utilizzabilità delle indagini svolte prima della iscrizione[153].

---

[147] Senza anticipare i problemi connessi all'uso ed all'abuso di tale registro, possiamo intanto rassegnare che l'istituzione del modello 45 si deve al decreto del Ministro della Giustizia del 30 settembre 1989 (relativo alla istituzione dei registri in materia penale), ma il suo fondamento normativo e codicistico si rinviene indirettamente proprio nel citato art. 109 disp. att. cit. Secondo la circolare del Ministero della Giustizia (cd. circolare Vassalli) del 18 ottobre 1989, il registro modello 45 è destinato a contenere la registrazione di quegli atti "privi di rilevanza penale". Una circolare del Ministero della Giustizia del 20 luglio 1990 dispone poi che le informative non costituenti notizia di reato devono essere iscritte nel registro modello 45, in quanto atti privi di rilevanza penale, non suscettibili, quindi, di dare corso alle indagini preliminari, ed aggiunge che tali modelli non devono essere trasmessi al giudice per le indagini preliminari per l'archiviazione, ma inviati direttamente all'archivio del pubblico ministero. Nel caso in cui il pubblico ministero ritiene di dover svolgere atti di indagine per la notizia iscritta a mod. 45, prima di disporne l'esecuzione deve procedere a nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato.

[148] F. DI VIZIO, *op. cit.* pag. 8.

[149] Cass. 22 maggio 2013 - 9 agosto 2013, n. 34637, Longo, Rv. 257120, in banca dati De Jure.

[150] Cass. 8 aprile 2008 - 4 giugno 2008, n. 22340, Bruno, Rv. 240491, in banca dati De Jure.

[151] Cass. 14 novembre 2018 - 30 gennaio 2019, n. 4844, Ludovisi, Rv. 275046, in banca dati De Jure.

[152] Cass. 21 febbraio 2008 - 10 giugno 2008, 23299, Chirillo, Rv. 241103, , in banca dati De Jure.

[153] Cass. Sez. 6, 19 marzo 2012 - 27 giugno 2012, n. 25385, G. C., Rv. 25310, in banca dati De Jure.

Definita sommariamente la notizia di reato, non ci resta che scendere un poco più a fondo nella nostra indagine partendo, per comodità espositiva, da due esempi afferenti i *case studies*:

⇒ *Tizio e Caia, rispettivamente primario e aiuto di chirurgia neonatologica presso un noto Policlinico specializzato nelle cure pediatriche, vengono denunciati ai sensi dell'art. 590 sexies c.p. da Mevio e Sempronia, genitori della piccola Filana, affetta da una rara malattia genetica a prognosi infausta, per l'omicidio colposo della bambina, deceduta nel corso di un intervento chirurgico salva-vita per complicazioni tecnicamente ricorrenti nelle vicende di questo tipo, avendo Tizio e Caia correttamente selezionato ed utilizzato le tecniche chirurgiche adeguate secondo le* leges artis *di settore. Il Pubblico Ministero Calpurnia iscrive nel registro degli indagati tutti i sanitari – medici e infermieri - che ebbero in cura la piccola nella fase antecedente e concomitante all'intervento chirurgico, anche al fine di espletare accertamento tecnico irripetibile mediante autopsia. Nelle more della pendenza, gli indagati non possono partecipare a concorsi, e vengono sottoposti a procedimento disciplinare dall'azienda ospedaliera, sospeso nelle more della definizione della vicenda penale.*

⇒ *Tizio, Caia e Sempronio, componenti di una commissione deputata allo svolgimento di un concorso per il conferimento del titolo di professore universitario di I fascia, vengono denunciati per abuso d'ufficio da Mevia candidata al concorso non vincitrice, la quale lamenta la violazione dell'art. 97 c. 2 della Costituzione e di norme regolamentari disciplinanti il bando da parte dei commissari, che l'avrebbero valutata in maniera difforme rispetto ai titoli ed alla prova sostenuta, a vantaggio di un altro candidato, Filano, peraltro conoscente di un commissario e ritenuto vicino alla sua "Scuola". Il Pubblico Ministero iscrive i commissari nel registro degli indagati per violazione dell'art. 323 c.p., circostanza che impedisce loro di partecipare a loro volta a concorsi pubblici, e determina l'apertura di un procedimento disciplinare presso l'Ateneo di appartenenza, sospeso nelle more della definizione della vicenda penale.*

Gli esempi che precedono – liberamente tratti da fattispecie realmente accadute – ci condurranno per mano nel prosieguo di questo capitolo che – come sopra anticipato – prende le mosse anche da quanto si osserva nella pratica con riguardo alle iscrizioni in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie (art. 590 *sexies* c.p.) ed abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

Come abbiamo anticipato nel capitolo 1, in tali fattispecie, caratterizzate da un alto tasso di tassatività e determinatezza sotto un profilo anzitutto oggettivo, nonostante gli sforzi del legislatore[154] si osserva

[154] cfr. con riferimento all'abuso d'ufficio ante riforma del 2020, C. SOTIS (2), op. cit. pag. 1372.

infatti un importante numero di iscrizioni[155] nel registro degli indagati da parte del Pubblico Ministero – anche alla luce della persistente obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale – che diminuisce drasticamente in fase di udienza preliminare - facendo approdare un numero limitato di casi a Giudizio (cfr. statistiche degli uffici giudiziari di Roma e L'aquila) - e diventa davvero trascurabile in termini di sentenze di condanna[156], circostanza che, come anticipato[157], solleva dubbi sulla persistente idoneità del *Tatbestand* a fungere da filtro nella fase genetica del procedimento e del processo rilasciati dalla riforma Cartabia[158].

> Come osservava Alberto GARGANI[159] «*l'inadeguatezza delle regole processuali a sostituire sul piano funzionale i tradizionali canoni di garanzia sostanziali assume particolare evidenza in riferimento al canone di determinatezza e di tassatività. Un principio (in attesa di essere consacrato esplicitamente a livello costituzionale), affetto da una perenne crisi di effettività, che riversa i propri effetti su entrambi i versanti del sistema punitivo, in termini di reciproca disfunzionalità. In occasione dell'approvazione del vigente codice di rito, autorevole dottrina aveva sottolineato l'esigenza che l'oggetto dell'accertamento processuale fosse sufficientemente delineato e tassativamente determinato (offese reali costruite intorno a un nucleo materiale capace di disvelare e identificare il disvalore), al fine di rendere possibile l'operatività del principio del contraddittorio…».* Nella stessa direzione già Franco BRICOLA[160] aveva rilevato che fattispecie vaghe e indeterminate si rivelano disfunzionali sia rispetto all'adempimento dell'onere probatorio da parte del p.m., sia rispetto alla falsificabilità dell'accusa da parte della difesa.

La definizione "minimale" di notizia di reato non consente ancora di comprendere appieno quale rapporto corra con il fatto tipico, interrogativo che non può essere sciolto senza una breve disamina

[155] cfr. G.L. GATTA (2), *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sist. pen*., 17 luglio 2020 par. 4.3. – il quale rassegna come per gli anni 2016 e 2017 si registravano circa 7000 contestazioni a fronte di circa 100 provvedimenti definitivi di condanne.

[156] Cfr., per quanto concerne la colpa medica, C. BRUSCO, *Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in materia di responsabilità medica*, *www.penalecontemporaneo.it* , 14.7.2016, il quale, disaminando le sentenze depositate negli anni 2013/2015 dalla IV sezione penale della Suprema Corte (che l'autore aveva presieduto quale magistrato giudicante), aveva osservato anzitutto una scarsa sussistenza di "doppie conformi", ma soprattutto un dato sconcertante: a fronte di oltre 250000 medici in attività, le sentenze di condanna decise dalla Corte di Cassazione in materia di colpa medica era limitato a poche decine per anno, ed ancor meno quelle di condanna.

[157] Il fenomeno com'è noto ha dato luogo a trend come la *medicina difensiva* (nella colpa medica) e la *burocrazia difensiva* (nell'abuso d'ufficio), e quale ulteriore partizione di quest'ultima, la *giustizia difensiva* (iscrizioni per abuso d'ufficio di magistrati da parte di pubblici ministeri timorosi di essere a loro volta denunciati), ma soprattutto, ha determinato un generalizzato fenomeno di c.d. *chilling effect*. Da ultimo A. GALLUCCIO, *Chilling effect*, in Studi in onore di Carlo Enrico PALIERO, Milano, 2022, in pagg. 1261-1273.

[158] C. SOTIS (3), op. cit. pag. 1467.

[159] A. GARGANI (2), op. cit. pag. 81.

[160] F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili del diritto penale sostanziale*, in Ind. pen., 1989, 313 ss.

dell'istituto nel Codice Rocco (1930) e nel Codice Vassalli (1988), per poi rassegnare il contenuto della notizia di reato introdotta dalla riforma Cartabia.

2.1.1.1. Segue. La *notitia criminis* nel codice Rocco

Nel Codice del 1930[161] la locuzione *notizia di reato* veniva comunemente ricondotta ad ogni ipotesi di reato ricevuta o appresa dal pubblico ministero o dagli organi di polizia giudiziaria ovvero da questi ultimi formulata in seguito ad autonome indagini di prevenzione e di repressione[162]. Il dato normativo di per sé non consentiva tuttavia di individuare l'esatta portata semantica dell'istituto, circostanza che demandava l'*actio finium regundorum* rispetto al fatto di reato ed alla imputazione, al diritto vivente ed alla speculazione dommatica.

Spettava invero alla giurisprudenza resa in tema di omessa denuncia di reato[163] affermare che il delitto in esame fosse sussistente solo in presenza di un ravvisabile *fumus*, dovendosi pertanto escludere dal novero delle possibili notizie di reato quelle che integravano meri sospetti.

> Secondo Francesco CARNELUTTI [164] e Ugo DINACCI[165] per notizia di reato il codice Rocco intendeva un fatto che, presentandone l'apparenza, giustificasse un sospetto di reato, mentre per Giovanni ARICÒ[166] «*…poichè la notizia di reato, in ordine alla fonte e alla produzione, può essere frutto: di informativa vera e propria; di apprensione*

[161] G. TABASCO - *Annotazione tardiva della notitia criminis "soggettivizzata" e autodifesa*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020, pag. 103 e ss. - osserva, in particolare, come della notizia di reato nel codice Rocco vi era traccia: all'art. 1, il quale - rubricato «ufficialità dell'azione penale» - dopo aver premesso il carattere pubblico dell'azione penale stabiliva che qualora non fosse stata necessaria la querela, la richiesta o l'iniziativa, essa era «*iniziata d'ufficio in seguito a rapporto, a referto, a denuncia o ad altra notizia di reato*»; all'art. 219, secondo cui la polizia giudiziaria doveva «*anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati*»; all'art. 231, a tenore del quale il pretore doveva informare senza ritardo il procuratore del Re di querele, denunce, istanze, richieste, rapporti e referti che gli fossero pervenuti, e di ogni altra notizia di reati e dei provvedimenti dati; all'art. 233, in forza del quale il procuratore del Re era tenuto ad informare il procuratore generale presso la Corte d'Appello delle querele, delle denunce, delle istanze, delle richieste, dei rapporti e dei referti che gli fossero pervenuti, e di ogni altra notizia di reati e dei provvedimenti dati; nella legge 3 aprile 1974, n. 108, recante «*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura pena*le», che la richiamava espressamente nei criteri recanti i numeri 30, 31 e 37, enunciati nell'art. 2; nella legge 16 febbraio 1987, n. 81, recante «*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*», che faceva espresso riferimento alla notizia di reato nel criterio direttivo n. 35, enunciato nell'art. 2, laddove sono previsti gli obblighi del pubblico ministero «*di iscrivere immediatamente la notizia del reato e il nominativo di ogni persona alla quale il reato è attribuito in apposito registro custodito negli uffici della procura della Repubblica o della pretura*»; nonchè «*di aggiornare le iscrizioni dalle risultanze delle indagini in corso e all'eventuale mutamento del titolo del reato*».

[162] G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, II ed., Giuffrè, Milano, 1968, p. 46.

[163] Cass., Sez. VI, 24 maggio 1978, Fieri, in Cass. pen. 1979, p. 1512.

[164] F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Jovene, Napoli, 1960, p. 87.

[165] U. DINACCI, *Linee sistematiche della nuova preistruzione penale*, Cedam, Padova, 1976, p. 125 ss.

[166] G. ARICÒ, voce *Notizia di reato*, cit., pp. 758-759.

*diretta…; di formazione…attraverso l'attività di indagine della polizia giudiziaria, la definizione di notizia di reato quale informazione ricevuta dal pubblico ministero o dai dipendenti organi di polizia giudiziaria «si attaglia perfettamente alla traduzione del termine latino "*notitia*" ma non rende la complessità del fenomeno…*», intendendo per notizia di reato una «*informazione, ricevuta dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, di un fatto costituente reato*».

Particolare rilevante ai nostri fini è che nel Codice di rito del 1930 l'esercizio dell'azione penale si collocava nel momento iniziale dell'istruzione sommaria o della formalizzazione dell'istruttoria, di tal che la scelta di formulare l'imputazione solitamente coincideva con il momento in cui l'organo inquirente acquisiva la *notitia criminis*; altre volte conseguiva invece ad una fase prodromica pre-processuale a funzione cautelare, condotta dal pubblico ministero ovvero dalla polizia giudiziaria[167].
In altri termini, nel codice Rocco lo scollamento tra il fatto oggetto della notizia di reato ed il fatto di cui all'imputazione poteva essere limitato dalla contiguità temporale tra le due diverse attività del pubblico ministero, quella di ricezione della notizia, e quella di elevazione della notizia a capo di imputazione.

2.1.1.2. Segue. La notizia di reato nel codice Vassalli

Modificando rispetto a quanto prevedeva il codice del 1930, il Codice Vassalli ha predeterminato uno spazio temporale ben preciso per lo svolgimento delle indagini, coerentemente con l'idea di una fase delle indagini preliminari esclusivamente finalizzata allo svolgimento di quanto necessario per le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione[168].
L'esigenza di contiguità temporale tra apprensione della *notitia criminis* e giudizio nell'ottica del legislatore era finalizzata ad efficientare l'accertamento della responsabilità dell'indagato, ferma

[167] Per un parallelismo tra codice Rocco e codice Vassalli, cfr. R. APRATI (2) *Notizia di reato*, in G. GARUTI (a cura di), *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III, Utet, Torino, 2009, p. 4, secondo la quale nel codice del 1930 l'esercizio dell'azione penale era quindi quasi sempre contestuale rispetto all'acquisizione di una notizia di reato, ferma restando la possibilità per il pubblico ministero di richiedere l'archiviazione in alternativa alla richiesta di rinvio a giudizio. Solo con l'esercizio dell'azione penale si accedeva alla successiva fase della istruzione, deputata all'assunzione delle prove ed all'accertamento dell'esistenza degli indizi sufficienti affinché fosse instaurato il giudizio.

[168] La previsione di termini ben definiti rispondeva a diverse esigenze: evitare che il pubblico ministero si potesse sottrarre indefinitamente al controllo giurisdizionale sull'eventuale mancato esercizio dell'azione; assicurare la ragionevole durata del processo, divenuta poi principio costituzionale a seguito delle modifiche apportate all'art. 111 Cost. dalla legge 23 novembre 1999, n. 2; scongiurare il rischio che la persona sottoposta alle indagini potesse rimanere troppo a lungo in uno stato di incertezza perchè soggetta all'investigazione ma senza i diritti e le garanzie propri della fase processuale; evitare che una eccessiva distanza temporale tra il fatto in imputazione e l'istruttoria potesse ostacolare la raccolta delle prove.

restando la natura fluida dell'apprensione della notizia di reato, posto che – si osserva[169] - il procedimento di sussunzione è articolato per gradi: con il fatto si identifica solo l'elemento materiale del reato. È questo il primo stadio di ricostruzione del reato, e cioè del giudizio di corrispondenza del dato fenomenico al modello normativo offerto dalla fattispecie astratta.

La singolare carenza definitoria della *notitia criminis* si perpetuava tuttavia anche nel Codice del 1988[170], che disciplinava in maniera solo sommaria le attività di iscrizione[171] nel relativo registro.

E dire che il Codice Vassalli aveva dedicato alla notizia di reato l'intero Titolo II del Libro V, prescrivendo all'art. 330 che "*il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti*", scandendo la disciplina che il pubblico ministero deve osservare allorquando proceda alle iscrizioni nel registro delle notizie di reato[172].

La mancanza di una qualsivoglia indicazione da parte del Codice del 1988 faceva della notizia di reato – secondo Tullio PADOVANI[173] – «*un concetto ambiguo e tendenzialmente polivalente*», di essa non essendo data «*alcuna indicazione circa la sua "consistenza" e il suo "contenuto*"; *intendendosi: per "consistenza", il livello di corrispondenza a dati effettuali verificati (notizia); e per "contenuto", il grado di conformità ad una fattispecie tipica (reato)*».

---

[169] V. MAFFEO, op. cit., pag. 19.

[170] R. VOLPE – A. DE CARO, *op. cit.* pag. 65.

[171] Nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale - in Suppl. ord. n. 2 alla Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 250, 24.10.1988 - si rassegnava semplicemente che: «*…l'art. 335 è diretto a dare attuazione alla direttiva 35 della legge-delega. Nei commi 1 e 2 è stata prevista la disciplina delle iscrizioni nel registro del pubblico ministero della notizia di reato e del nominativo della persona alla quale esso è stato attribuito. Si è disposto che il pubblico ministero debba "aggiornare" il registro avendo riguardo alle risultanze solo nelle due ipotesi di diversa qualificazione giuridica del fatto e di fatto differentemente circostanziato ascritto al medesimo imputato. In tutte le altre ipotesi, e quindi quando si tratti di reati concorrenti ascritti allo stesso imputato ovvero dello stesso reato ascritto a più imputati non tutti identificati contestualmente, dovrà procedersi a non meri aggiornamenti, ma a nuove iscrizioni, dalle quali decorreranno autonomi termini per l'esercizio dell'azione penale, a norme dell'articolo 402. I commi 3 e 4 dell'art. 335 attuano l'ultima parte della direttiva 35, la quale, differenziandosi dalla precedente delega, ha voluto escludere che le notizie relative alle iscrizioni possano essere chieste ed ottenute in qualsiasi tempo. Le relative facoltà e i diritti sono stati perciò ancorati allo specifico momento processuale rappresentato dall'assunzione della qualità di imputato a norma dell'art. 61…».*

[172] P. DUBOLINO - voce *Notizia di reato*, in Dig. disc. pen., Agg. I, Utet, Torino, 2000, pp. 494-495 - osservava come, mentre l'espressione notizia di reato «*…faceva una fuggevole comparsa nell'art. 1 del codice di rito del 1930..*» «*…ben più ampi sono i riferimenti che si rinvengono nel nuovo codice alla "notizia di reato…*"»; secondo P. PAULESU, voce *Notizia di reato*, in Dig. disc. pen., Agg. VI, Utet, Torino, 2011, p. 358 - invece, la "definizione" della notizia di reato vigente sotto il Codice Rocco era attagliabile anche al Codice Vassalli.

[173] T. PADOVANI (1), *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in Ind. pen., 1999, p. 531.

Da circa 34 anni a questa parte si assisteva pertanto ad un (poco casuale) vuoto normativo, che la Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale presieduta da Giuseppe RICCIO[174] aveva pure provato a colmare definendo la notizia di reato come «*rappresentazione non manifestamente inverosimile di uno specifico accadimento storico, attribuito o meno a soggetti determinati, dalla quale emerga la possibile violazione di una disposizione incriminatrice contenuta nel codice penale o in leggi speciali*» (direttiva n. 55[175]).

Per supplire a tale carenza legislativa ed individuare i connotati della notizia di reato nel codice Vassalli occorreva, quindi, nuovamente muovere dalla elaborazione di giurisprudenza e dottrina.

Il diritto vivente – nella sua massima espressione nomofilattica[176] - partiva da un dato certo ovvero che[177] «*il codice… non somministra una definizione normativa di ciò che è "notizia di reato": certamente, l'espressione evoca un* quid minus *di ciò che rappresenta la base fattuale per elevare l'imputazione; ma è anche un* quid pluris *rispetto ad una indefinita "ipotesi" di reato, che… la giurisprudenza di questa Corte individua nella figura del semplice sospetto*». La giurisprudenza di legittimità[178] aveva infatti precisato come «*ricorrono, nella struttura e nella disciplina dell'atto di iscrizione, elementi di inevitabile fluidità, che rendono lo scrutinio dei suoi presupposti meno meccanico di quanto i predicati di doverosità presenti nella disposizione dell'art. 335 potrebbero,* prima facie, *suggerire: l'iscrizione è atto a struttura complessa, nel quale simbioticamente convivono una componente "oggettiva", qual è la configurazione di un determinato fatto ("notizia") come sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa; e una componente "soggettiva", rappresentata dal nominativo dell'indagato, dalla cui individuazione soltanto i termini cominciano a decorrere. Di guisa che l'iscrizione presuppone l'evidenza di specifici elementi indizianti, ovvero di una piattaforma cognitiva che consente l'individuazione degli elementi essenziali di un fatto di reato e l'indicazione di fonti di prova* (...)». Quanto ai presupposti dell'iscrizione la Suprema Corte[179] riconosceva esservi "*un'area tutta da perscrutare sul piano contenutistico*", nella quale sono inevitabili margini di variazione, esemplificati con riferimento sia alla componente oggettiva ("*è evidente che la configurabilità, anche solo in termini di notizia di reato, di una complessa fattispecie associativa, evoca un "lavorio" definitorio che può comportare spazi temporali non comparabili rispetto a quelli che, invece, consuetamente richiedono fatti*

[174] Istituita con decreto ministeriale 27 luglio 2006, insediatasi il 3 agosto 2006.

[175] Il testo della bozza e della relazione definitiva sono consultabili su www.giustizia.it.

[176] Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in CED Cass., n. 216248.

[177] Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, in CED Cass., n. 244376.

[178] Si veda, al riguardo, Cass. n. 40500/2019, cit.

[179] Cass. S.U., n. 40538/2009, Cit.

ictu oculi sussumibili nell'ambito di una determinata fattispecie di reato"), sia, e ancor più, con riferimento alla componente soggettiva ("*al punto che è lo stesso legislatore, stavolta, ad aver espressamente previsto che l'obbligo di iscrizione del relativo nominativo debba avvenire soltanto "dal momento in cui esso risulta*").

La dottrina invece individuava un perimetro semantico più ampio di notizia di reato che, pur continuando ad ispirarsi alla nozione tradizionale, ne ha modificato ed arricchito la formulazione.

Per quanto concerne la *natura*, secondo Franco CORDERO[180] la *notitia criminis* – primo anello della sequenza procedimentale e pertanto «*…espressione della logica ispiratrice dell'intero sistema processuale penale, a sua volta specchio della cultura del tempo…*» - costituisce «*embrione dell'ipotetica domanda giudiziale*». Infatti come l'embrione «*ha già in sé la vita futura della quale costituisce l'inizio, così nella* notitia criminis *si coglie la scaturigine dell'indagine preliminare che prefigura l'andamento del successivo iter procedurale*»[181].

Nessuna incertezza sulla differenza ontologica tra la *notizia* di reato ed il *fatto* di reato, costituendo due distinte morfologie dell'universo giuridico. La «nozione penalistica di reato»[182] - intesa come comportamento che integra la fattispecie tipica, sia sotto il profilo oggettivo, sia dal punto di vista soggettivo - non potrebbe essere trasfusa senza adattamento alcuno nella nozione di notizia di reato, perché se si accettasse l'idea di una perfetta corrispondenza fra le due nozioni e si ritenesse necessaria una "notizia" avente ad oggetto un "reato" nella completezza dei suoi elementi costitutivi, si correrebbe il rischio di limitare troppo la seconda nozione, riservandone la configurabilità al solo caso di "fatto" penalmente rilevante, riferibile senza incertezza alcuna, ad un soggetto. Ne consegue[183] che la nozione di "notizia di reato" vada distinta da quella di diritto penale sostanziale, enucleandone il profilo puramente processuale che impedisca appunto di identificarla con il reato e che la collochi all'interno del sistema accusatorio. In senso parzialmente diverso, si[184] afferma che la notizia di reato, in qualunque

[180] F. CORDERO (1), *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 394, secondo il quale la migliore spia del grado di civiltà di un popolo è rappresentata dalla legge del processo penale e dal modo di applicarla.

[181] L. CARLI (1) - La «*notitia criminis» e la sua iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p*., in Dir. pen. proc., 1995, p. 730 - attribuiva alla notizia di reato la «*natura di enunciato ipotetico e meramente propositivo che necessita (nel processo) sia di dimostrazione che di verifica*». Pertanto, non risulterebbero necessari: da un lato, l'indicazione dell'autore dell'ipotizzata fattispecie criminosa. dall'altro - P.P. PAULESU op. cit. cit., p. 360 - l'esatta qualificazione giuridica del fatto storico, assunto che sarebbe peraltro ricavabile tanto dall'art. 335 c.p.p. quanto dall'art. 415 c.p.p. In senso contrario tuttavia R. APRATI (3), *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, p. 10. secondo la quale la qualificazione giuridica del fatto assume una certa rilevanza giacché l'attribuzione al fatto di un certo *nomen iuris* comporta delle conseguenze, tra le quali va annoverata, *in primis*, l'individuazione del termine delle indagini preliminari semestrale o annuale.

[182] A. A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, X ed., 2018, CEDAM, p. 414.

[183] P. PAULESU, op. cit., p. 359.

[184] G. ARICÒ, op. cit. pag. 759.

forma si manifesti, costituisce essenzialmente una ipotesi di reato caratterizzata da un duplice profilo: il primo riferito all'oggettività cioè alla esistenza di un fatto e alla sua qualificazione di reato; il secondo alla indicazione eventuale del responsabile del fatto oltre che alla sua punibilità.

Né[185] potrebbe mai confondersi l'imputazione - che si forma «a valle» e al termine dell'intero segmento investigativo - con la notizia di reato - che, invece, si pone «a monte» della fase procedimentale - quest'ultima da considerarsi *«come «cripto-imputazione»,* dovendosi[186] - evitare una sovrapposizione tra notizia di reato in senso processualpenalistico con quella strettamente penalistica di reato: se così non fosse, infatti, si finirebbe per ridurre il concetto di *notitia criminis* con quello di imputazione che, invece, si pone al termine della ricostruzione del fatto de quo[187].

Per ciò che concerne il *contenuto*, si delimita [188] in senso negativo la *notitia criminis*, escludendone dal perimetro semantico: la diceria, il mero sospetto, la illazione, la congettura, il "teorema investigativo", in altre parole, frammenti di informazione o supposizioni che, per intrinseca vaghezza ed indefinibilità, darebbero luogo, se presi in considerazione, ad inutili attività; pertanto[189] si è in presenza di una notizia di reato quando la informazione abbia ad oggetto un fatto specifico – con il debito supporto di fonti di prova – nel quale siano individuabili gli elementi essenziali del reato.

Quanto ai contenuti minimi della *notitia criminis*, si reputa[190] non necessaria la conoscenza di un reato nella completezza dei suoi elementi costitutivi, perché da ciò deriverebbe l'effetto non auspicabile «*di una drastica riduzione delle notizie utilizzabili dal pubblico ministero*», dovendosi invece individuare il mero sospetto quale limite negativo per la sussistenza della notizia di reato. Si osserva infatti[191] che il fatto «*conosciuto nei suoi tratti materiali riguardanti condotta ed evento…andrà iscritto nel registro delle* notitiae criminis *e spetterà poi all'indagine cercare di fare luce su ogni aspetto, compreso quello dell'imputazione personale, in vista dell'esercizio dell'azione penale*». Secondo Giorgio SPANGHER[192]

---

[185] V. GREVI, Prove, in G. CONSO-V. GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 237.

[186] A. MARANDOLA (1), *Notizia di reato e indagini preliminari*, in Cass. pen., 1999, p. 3458.

[187] Ed invero – continua A. MARANDOLA (2), *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Cedam, Padova, 2001 - «parlare di "fatto costituente reato" è concettualmente improprio, poiché soltanto sulla base della verifica effettuata attraverso il processo, ed in seguito all'accertamento cui si sarà pervenuti a conclusione di esso, sarà possibile dire se un determinato fatto costituisca reato oppure no». In altre parole – così G. TRANCHINA, *Il procedimento per le indagini preliminari*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 30 - «la realtà del fenomeno verrebbe trasformata in certezza, frustrando, o comunque riducendo, di tal guisa, l'attività processuale ovvero, più in generale, rendendo ultronee le iniziative investigative determinate dall'informativa».

[188] A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, op. cit. 414.

[189] I. DI LALLA, voce *Notizia di reato*, in Digesto disc. Pen., Utet, p. 261.

[190] A. MARANDOLA (2), op cit., p. 50 ss.,

[191] D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 82.

[192] G. SPANGHER (2), *La pratica del processo penale*, vol. II, Cedam, Padova, 2012, p. 19.

affinchè l'informazione integri una *notitia criminis* è sufficiente - in virtù del tenore letterale dell'art. 347 c.p.p. - che contenga i tratti salienti del fatto-reato, individuabili nelle componenti dell'elemento oggettivo - ossia la condotta, l'evento e il nesso causale - così distinguendosi dalla imputazione, nella cui formulazione, invece, la fattispecie criminosa concreta deve contenere tutti gli elementi strutturali della fattispecie astratta. Il contenuto della *notitia criminis* è stato invece identificato dalla Consulta negli elementi necessari per la richiesta della proroga delle indagini preliminari ossia "*quei minima prescritti dalla legge per l'informazione di garanzia, ovvero l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto*"[193].

Provando ad operare una sintesi di quanto precede, costituiscono elementi caratterizzanti la notizia di reato nel codice del 1988: l'*ipoteticità*, requisito che, in sintonia con la natura tendenzialmente accusatoria del vigente sistema processuale, impone l'accertamento dibattimentale del fatto-reato oggetto della *notitia criminis*; la *concretezza* e la *specificità*, che consentono di escludere dalla nozione, non solo le *congetture* e i meri *sospetti*, ma anche gli *indizi*, sui quali per vero sussiste divergenza di opinioni[194].

A seguito della breve disamina dei connotati della notizia di reato rilasciata dal Codice Rocco e dal Codice Vassalli possiamo rilevare come l'istituto fosse caratterizzato da un dato cognitivo refrattario a delimitazioni concettuali troppo rigide, come tale assai lontano dal fatto tipico, quindi necessitante di definizione, o quanto meno di "sagomatura", della quale sembra essersi fatto carico il legislatore della Cartabia[195].

Provando a tirare le somme infatti, fino all'approvazione dello schema di decreto (4.8.2022) - recepito con Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022 - sussistevano davvero pochi punti fermi sull'istituto della *notitia criminis*. Né il codice del 1988[196] nè quello del 1930 avevano fornito una definizione normativa

---

[193] C. cost. n. 182/1999.

[194] Ed invero, per R. APRATI (3) - op. cit., p. 8. - gli articoli 116 e 220 disp. att. c.p.p. non avrebbero ragion d'essere se i meri sospetti e gli indizi integrassero una notizia di reato; A. ZAPPULLA (2) - *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 139 - osserva come il termine *sospetto* è spesso impiegato come sinonimo di notizia di reato, mentre secondo P.P. PAULESU - op. cit., pag. 359 - l'espressione *sospetto* di reato sembra alludere ad un elemento cognitivo di per sé penalmente irrilevante, tuttavia, in grado di fungere da premessa per l'elaborazione di una concreta notizia di reato. Allora, «*in tali casi, le formule "sospetto di reato" o "indizi di reato" allud[ono] a qualcosa di molto prossimo ad una notizia di reato*». Infine, secondo V. MAFFEO, op. cit. pag. 25 il contenuto della *notitia criminis* può essere desunto anche dalla interpretazione dell'art. 335 c. 2 c.p.p., posto che ogni fatto di ipotetica rilevanza penale, completo degli elementi costitutivi in senso naturalistico (condotta, evento, nesso di causalità), deve essere oggetto di iscrizione e dotato di un numero di identificazione.

[195] Si spiega così perché, con riferimento alle ragioni della riforma, R. APRATI (1), op. cit., pag. 4. osserva come «*…in merito ai parametri decisori, la prima esigenza è quella di fornire la nozione di notizia di reato, tanto soggettiva, quanto oggettiva, ed infatti il progetto di legge delega lo prevede. A tal fine il vero problema che si porrà sarà quello di decidere se per iscrivere occorrerà o meno una soglia probatoria della notizia di reato. Franco Cordero avrebbe detto: "*è questione clinica che dunque non va codificata". Ma purtroppo il Professore non c'è più…».

[196] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 7.

di ciò che è "notizia di reato", espressione che evocava un *quid minus*[197] rispetto a ciò che rappresenta la base fattuale per elevare l'imputazione, ma anche un *quid pluris* rispetto ad una indefinita "ipotesi" di reato, che le Sezioni Unite[198] nelle sentenze Tammaro e Lattanzi aveva individuato nella figura del semplice sospetto, quale "limite negativo".

2.1.2. La finalità di soddisfare le esigenze di garanzia, di certezza, di uniformità delle iscrizioni.

Come si vedrà nei paragrafi a venire, le ragioni del *novum* non erano tuttavia esclusivamente legate al deficit contenutistico della notizia di reato, senza dubbio la ragione principale della spinta a riformarla, ma non certo l'unica.

2.1.2.1. Segue. La (non più differibile) necessità di riformare la notizia di reato: le prassi illegittime in materia di iscrizioni rilasciate dal Codice del 1988

La notizia di reato risultante da quasi 34 anni di applicazione del Codice Vassalli aveva favorito una serie di applicazioni "borderline" da parte della magistratura inquirente, che hanno avuto un peso specifico sull'*an* e sul *quomodo* della riforma Cartabia.
Ci riferiamo in particolare alle prassi illegittime sovente percorse dall'ufficio del pubblico ministero il quale - in nome della ricerca della verità a tutti i costi - era indotto a ritenere giustificato "stressare" le norme sulle iscrizioni, al punto da stravolgerne l'effetto[199].

[197] Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, cit.

[198] Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, cit.

[199] Sulla scia delle Sezioni unite Tammaro - Cass. S.U., 21 giugno 2000 – 30 giugno 2000, n. 16, Tammaro, Rv. 216248 - la giurisprudenza, infatti, aveva stabilmente affermato che l'omessa annotazione della *notitia criminis* sul registro previsto dall'art. 335 c.p.p., con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta", non determinava l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti fino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro, poichè, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorreva per l'indagato dalla data in cui il nome era stato effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla.

Per rassegnare le varie forme di tali *bad practices* sarà utile seguire una recente indagine condotta da Vania MAFFEO[200].

La prima e più diffusa esemplificazione di tali prassi illegittime consiste nello spostamento in avanti del *dies a quo* della iscrizione[201] della *notitia criminis*, fenomeno che[202] lede il principio di obbligatorietà dell'azione ed è insidioso perché sfugge alla disciplina normativa[203]. Ciò anche alla luce del fatto che già la registrazione della notizia di reato dipende dalle scelte iniziali della polizia giudiziaria[204], libera di determinare il momento in cui trasmettere la notizia, nonostante la decisa previsione normativa secondo cui essa deve essere trasmessa al pubblico ministero "senza ritardo", termine indefinito che riguarda la notizia di reato ed i suoi eventuali aggiornamenti ai sensi dell'art. 347 c.p.p.[205]

Ulteriore condizione patologica consiste nell'annotazione, da parte del pubblico ministero, della notizia nel registro modello 45 - destinato ai fatti "non costituenti notizia di reato"[206] - al fine di verificare la ricorrenza di un reato e raccogliere *medio tempore* elementi per la attivazione del procedimento ordinario[207], in palese violazione – tra l'altro – della funzione di tale registro, del quale abbiamo già anticipato *supra* i caratteri essenziali. L'aspetto maggiormente problematico è che – come anticipato - gli atti destinati al modello 45 costituiscono materiale nei cui confronti il pubblico ministero non ha alcun

[200] Cfr. V. MAFFEO, op. cit. pagg. 18-51.

[201] Secondo Cass. 1° dicembre 2020, n. 10078, Baldocchi, Rv. 280718, in banca dati De Jure, il termine di durata delle indagini preliminari decorre dal momento dell'effettiva iscrizione nell'apposito registro ex art. 335 c.p.p. delle generalità della persona alla quale il reato sia stato attribuito e non da quello in cui il pubblico ministero abbia disposto l'iscrizione medesima; contra Cass. 4 luglio 2017, n. 44909, Romano, Rv. 271619, in banca dati De Jure.

[202] R. VOLPE-A. DE CARO, op. cit. pag. 69.

[203] Secondo F. DI VIZIO, *op. cit.* pag. 17, il *novum* consente di porre in crisi la soluzione cui era pervenuta la giurisprudenza maggioritaria allorchè aveva statuito che ai fini della previsione di cui all'art. 405 c.p.p., il termine di durata delle indagini preliminari decorresse dal momento della formale ed effettiva iscrizione nell'apposito registro ex art. 335 c.p.p. delle generalità della persona alla quale il reato era stato attribuito e non da quello in cui il pubblico ministero aveva disposto l'iscrizione medesima (Cass. 01 dicembre 2020 – 15 marzo 2021, n. 10078, Rv. 280718, in banca dati De Jure): ciò sul presupposto peraltro che il S.I.C.P. – sistema informativo della cognizione penale – assolve ad una funzione interamente sostitutiva dei registri cartacei e dunque i relativi estratti erano idonei a comprovare le relative iscrizioni. A questa portata costitutiva dell'ordine del p.m. non è attualmente allineato il SICP che, piuttosto, permette di monitorare i termini a decorrere dall'effettiva iscrizione informatica del primo. Un difetto affatto trascurabile con potenziali effetti esiziali sull'utilizzabilità degli atti svolto dopo la decorrenza del termine.

[204] cfr. anche M. GIALUZ, op. cit. pag. 37.

[205] E dire che originariamente la polizia giudiziaria aveva solo 48 ore per riferire al pubblico ministero gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute. Allo scopo di garantire maggiore elasticità ed efficienza all'attività della polizia giudiziaria il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 - convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 - aveva poi sostituito il termine di quarantotto ore con la generica espressione "senza ritardo". In forza di ciò, la tempestività della comunicazione restava di fatto affidata alla valutazione discrezionale della polizia giudiziaria, formula in grado di aggirare l'intero schema legislativo dei termini delle indagini.

[206] V. MAFFEO, op. cit. pag. 20.

[207] R. APRATI (1), op. cit., pag. 5.

obbligo di esame e di approfondimento, circostanza confermata dalla giurisprudenza[208], secondo cui il modello deve essere funzionale esclusivamente alla registrazione degli atti in cui non si ipotizzano, neppure astrattamente, figure di reato; al contrario, qualsiasi altro atto contenente indicazioni – anche se infondate - di ipotesi di reato deve essere iscritto negli appositi registri modello 21 o modello 44.

Altra prassi di dubbia compatibilità[209] con il principio di obbligatorietà dell'azione penale è quella sulla scorta della quale un fatto oggetto di iscrizione nel registro delle notizie di reato (modello 21) viene trasferito nel registro degli atti non costituenti notizia di reato (modello 45) in violazione della regola per cui ogni determinazione del pubblico ministero deve passare necessariamente dal GIP attraverso la formulazione di una richiesta di archiviazione, fungendo l'intervento del giudice preliminare da garanzia rispetto all'inerzia operativa del pubblico ministero.

Ipotesi differente[210] - ma non meno contraria alla previsione di una durata massima delle indagini preliminari - è quella che vede il pubblico ministero svolgere attività investigativa senza aver operato alcuna iscrizione, circostanza che si verifica ogni qualvolta il magistrato inquirente ipotizza di poter trarre vantaggio, per un primo sviluppo delle indagini, dal ritardo della iscrizione della *notitia criminis*, garantendosi una maggiore libertà di movimento per spuntare irrituali e incontrollabili allungamenti dei tempi investigativi.

Altrettanto deprecabile e diffusa la prassi di iscrivere notizie di reato oggettivamente tali – e come tali meritevoli di essere registrate a modello 21 - senza provvedere alla tempestiva identificazione del soggetto, oppure con indicazione di "persona da identificare" – e quindi registrate a modello 44, contro ignoti - nonostante gli elementi di identificazione siano disponibili o di pronto reperimento[211]. In tali ipotesi – osserva Vania MAFFEO[212] - viene creato il fascicolo in cui si iscrivono fatti "a carico di persone da identificare", categoria per vero non disciplinata da alcuna norma del codice. In caso di mancata identificazione del soggetto cui attribuire il reato, l'attività investigativa si svolge "contro ignoti" e nel relativo registro (modello 44) deve essere annotata la notizia di reato di cui si parla, per sottoporla entro il semestre al controllo del giudice (art. 415 c.p.p.), o trasferirla nel registro delle persone note (modello 21), appena identificata la persona alla quale il reato è attribuito.

---

[208] cfr. Cass. S.U. 22 novembre 2000 - 15 gennaio 2001, n. 34, ignoti, Rv. 217473, in banca dati De Jure. Sulle iscrizioni a modello 45 cfr. le linee guida offerte dalla circolare ministeriale n. 533 del 18 ottobre 1989, in www.giustizia.it ; cfr. anche la Circolare 21 aprile 2011 emessa dal DAG Direzione generale della Giustizia penale e la Circolare 11 novembre 2016, entrambe reperibili su www.giustizia.it.

[209] V. MAFFEO, op. cit. pag. 20.

[210] V. MAFFEO, op. cit. pag. 20.

[211] V. MAFFEO, op. cit. pag. 21.

[212] V. MAFFEO, op. cit. pag. 24.

Le prassi testè rassegnate – agevolate dalla mancanza di confini certi della *notitia criminis* - non costituiscono purtroppo l'unica distorsione della disciplina in materia di iscrizioni e registri.

2.1.2.2. Segue. Le deviazioni dal modello normativo in materia di iscrizioni

Si osserva infatti una sedimentata prassi poco compatibile con l'art. 335 comma 2 c.p.p., a tenore del quale (anche nella versione ante D. Lgs. 150/2022) ogni fatto di ipotetica rilevanza penale - completo degli elementi costitutivi in senso naturalistico (condotta, evento, nesso di causalità) - deve essere oggetto di iscrizione e dotato di un numero di identificazione; e se per uno stesso reato vi sono più indagati, per ciascuno di essi si deve procedere ad una distinta iscrizione e numerazione[213].

Ci riferiamo anzitutto alla ipotesi in cui l'acquisizione della notizia di reato avvenga in modo "frazionato", nel senso che durante il fluido scorrere delle investigazioni emergono ulteriori informazioni sulla vicenda oggetto dell'inchiesta, idonee a modificare la notizia di reato. Quando ciò accade[214] occorre che se ne dia conto nel registro delle notizie di reato, nel quale è necessario indicare gli ulteriori elementi che vanno a comporre la fattispecie concreta, così come gli interventi correttivi sulla individuazione della fattispecie astratta. È la stessa *littera legis* dell'art. 335 che prevede le situazioni per l'aggiornamento della notizia di reato: «*se muta la qualificazione giuridica del fatto*» oppure «*se il fatto risulta diversamente circostanziato*»[215].

Diverso il caso in cui lo svolgimento delle indagini relative ad una determinata notizia lasci emergere ulteriori ipotesi criminose, eventualità che[216] necessita di nuove iscrizioni, così come nel caso in cui emergano nuovi reati ovvero risulti che la medesima notizia di reato sia attribuibile a concorrenti, cooperanti, o a terzi che hanno causato lo stesso fatto in via autonoma[217].

---

[213] Cfr. Cass. 12 luglio 2019, n. 34510, Zizzarri e altro, in Banca dati De Jure.

[214] V. MAFFEO, op. cit. pag. 21.

[215] Cfr. Cass. 3, 18 marzo 2015, n. 32998, M., Rv. 264191, in Banca dati De Jure: «*qualora il P.M. acquisisca nel corso delle indagini preliminari elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona già iscritta nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., deve procedere a nuova iscrizione ed il termine per le indagini preliminari, previsto dall'art. 405 cod. proc. pen., decorre in modo autonomo per ciascuna successiva iscrizione nell'apposito registro, senza che possa essere posto alcun limite all'utilizzazione di elementi emersi prima della detta iscrizione nel corso di accertamenti relativi ad altri fatti*».

[216] V. MAFFEO, op. cit. pag. 22.

[217] Cfr. Cass. 6 luglio 2006, n. 32776, Meinero, Rv. 234822, in Banca dati De Jure.

Orbene, la difficoltà di distinguere tra il fenomeno dell'"aggiornamento" e quello della "nuova iscrizione"[218] ha dato vita a ulteriori prassi devianti, con conseguenze processuali di notevole rilevanza, anche queste senza dubbio incidenti sulla *voluntas legis*[219].

Ci riferiamo anzitutto all'ipotesi in cui[220] il pubblico ministero aggiorna il registro stravolgendo la notizia di reato, circostanza che si verifica se si sostituisce l'iniziale condotta con una del tutto diversa, di tal che, da una parte, viene cestinata una notizia di reato (la prima) senza che sia richiesto il provvedimento di archiviazione al GIP; dall'altra, rispetto alla seconda, si alterano in difetto i termini investigativi, in quanto continuano a computarsi a partire dalla prima iscrizione, con rischio di minore efficacia per l'esiguità del termine.

Vania MAFFEO[221] include tra queste *bad practices* il caso in cui si aggiorni la notizia di reato inizialmente iscritta attraverso l'indicazione di ulteriori reati in continuazione o in concorso materiale, con l'effetto di unificare per tutti i termini già in corso, facendo decorrere quelli della prima iscrizione anche per le successive, riducendo per esse il tempo del procedimento.

Medesimo risultato si verifica allorquando si aggiorna la notizia, aggiungendo nuovi indagati, senza procedere, per ognuno di essi, a nuova iscrizione e, quindi, alla genesi di nuovi termini. La logica di tali prassi – definite[222] "iscrizioni *omnibus*" – va ricercata nel fatto che l'unificazione consente di svolgere entro il medesimo tempo indagini per tutte le imputazioni oggetto di iscrizione, di solito di differente gravità, esasperando gli effetti favorevoli sulla durata investigativa se taluna delle iscrizioni sia relativa ai reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., qualificazione giuridica determinata dalla parte pubblica. Ne consegue un potenziale prolungamento dei tempi e, ancor più, il possibile impiego di strumenti investigativi vietati per taluni reati di minore gravità, precostituendo, in tal modo, una situazione di oggettiva complessità, utile, poi, per la proroga. In altri termini, se il procedimento è unico, se unico è il fascicolo, se unica è l'indagine, si sfrutta il termine più lungo previsto per il reato più grave ed è più agevole ottenere la proroga per la complessità delle indagini.

---

[218] Giova rammentare, con riferimento ai reati *permanenti*, per i quali l'incolpazione sia stata formulata con cd. "contestazione chiusa", ossia con l'indicazione della data iniziale e finale della condotta addebitata, che secondo consolidata giurisprudenza di legittimità – Cass. Sez. 4, 30 maggio 2017, n. 33032, in Banca dati De Jure - costituisce fatto nuovo e diverso il protrarsi della condotta; analogamente per i reati abituali di evento (o di danno), come nel caso del reato di atti persecutori, per i quali l'avverarsi di un ulteriore fatto che amplia la consumazione di una fattispecie concreta già perfezionata nei suoi elementi essenziali (Cass., 10 febbraio 2020, n. 15651, Rv. 279154, Banca dati De Jure).

[219] Come osserva F. DI VIZIO, *op. cit.* pag. 2, l'importanza della scelta del legislatore appare chiara: «*…iscrizioni tardive, rateizzate, progressivamente ripartite tra diversi registri ministeriali, protraggono la condizione di indagabile ed "eludono" la sanzione di inutilizzabilità ex art. 407 c. 3 c.p.p. prevista per le indagini svolte oltre i termini…*».

[220] V. MAFFEO, op. cit. pag. 22.

[221] V. MAFFEO, op. cit. pag. 22.

[222] V. MAFFEO, op. cit. pag. 22.

Altrettanto diffuso è il caso in cui il medesimo fatto venga iscritto più volte, così che rispetto ad esso possano decorrere *ex novo* i termini. In tale ipotesi il pubblico ministero[223] anziché optare per la consueta alternativa azione/archiviazione, iscrive nuovamente gli stessi soggetti e fatti sui quali si è già indagato, circostanza che rende però insussistente il presupposto legittimante la nuova iscrizione, costituito appunto dalla diversità del fatto, finalizzato a prorogare arbitrariamente la qualità di indagato sulle medesime ipotesi criminose, eludendo il filtro del controllo giurisdizionale. A tale prassi la Corte di Cassazione[224] ha però risposto con severità, affermando che «*quando sia stata iscritta una nuova notizia di reato a carico di una determinata persona, il pubblico ministero non è facoltizzato a procedere nei confronti di essa a nuova iscrizione per il medesimo reato e nella ipotesi in cui ciò si verifichi rimane comunque immutata la decorrenza dei termini per le indagini preliminari dalla data della iniziale iscrizione ed alla relativa scadenza scatta la sanzione di inutilizzabilità degli ulteriori atti compiuti*».

Da ultimo, ma non per ultimo, il caso dell'utilizzo strumentale[225] dell'istituto della riapertura delle indagini che viene impiegato - ai sensi del combinato disposto degli artt. 409 e 414 c. 2 c.p.p. - come *escamotage* per ottenere una sorta di «restituzione in termini», strumentalmente sfruttata dal pubblico ministero. Ciò si verifica quando, alla conclusione delle indagini preliminari, ritenendo di non avere ancora a disposizione elementi sufficienti per chiedere il rinvio a giudizio, ma convinto di non riuscire ad acquisire i medesimi elementi al termine della attività integrativa, il magistrato inquirente chieda l'archiviazione per ottenere subito dopo la riapertura delle indagini sul medesimo fatto e per la medesima persona, alla quale segue una nuova iscrizione della *notitia criminis* e una nuova decorrenza dei termini[226].

Quanto precede consente di concludere che alla base della riforma su iscrizioni e notizia di reato sussistono ragioni solo apparentemente totalmente avulse dal fatto, posto che una più definita "sagomatura" del fatto (tipico) contenuto nella notizia di reato, avrebbe presumibilmente funzionato da filtro o da argine nei confronti delle prassi devianti da parte del pubblico ministero, nell'ottica integrata sostanziale/processuale invocata da Stefano FIORE[227]: «*se la dommatica penale vuole davvero svolgere il suo essenziale ruolo di fornire categorie utili a dare ordine e razionalità al materiale reale che entra*

[223] V. MAFFEO, op. cit. pag. 23.

[224] Cass., Sez. II, 17 dicembre 2007, Spacciabelli, in Cass. pen., 2008, p. 3244.

[225] V. MAFFEO, op. cit. pag. 24.

[226] Giurisprudenza consolidata ritiene utilizzabili gli atti che non siano il risultato di indagini finalizzate alla verifica ed all'approfondimento degli elementi emersi nel procedimento penale i cui termini delle indagini preliminari siano scaduti: cfr. Cass. 30 giugno 2015, n. 36327, Sgarannella, Rv. 36327, in Banca dati De Jure.

[227] S. FIORE, op. cit. pag. 131.

nell'area di rilevanza del diritto penale, deve prendere definitivamente atto che questo ingresso avviene e non può che avvenire in un procedimento penale».

3. La notizia di reato rilasciata dal D. Lgs. 150/2022

Alla vigilia dell'approvazione della riforma Cartabia la notizia di reato restava – per dirla ancora con Tullio PADOVANI[228] - «*un concetto ambiguo e tendenzialmente polivalente*», di essa non essendo data alcuna indicazione circa la sua "consistenza" e il suo "contenuto", intendendosi: per "consistenza" il livello di corrispondenza a dati effettuali verificati (*notizia*); e per "contenuto" il grado di conformità ad una fattispecie tipica (*reato*).

Le risposte ai rilievi critici sulle carenze della legge delega venivano affidate allo schema di decreto legislativo approvato il 4.8.2022 (esitato poi nel Decreto Legislativo n. 150 del 28.9.2022) recante attuazione della Legge 27.9.2021 n. 134 ("*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*") il quale, all'art. 15, co. 1 lett. a), in esecuzione al disposto dell'art. 1, comma 9, lett. p) della legge delega **(**«*precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni*») incideva finalmente con una certa intensità sull'istituto notizia di reato, modificando l'art. 335 c.p.p. [229]

Il legislatore delegato ha quindi finalmente disciplinato la notizia di reato, mediante l'introduzione di una fattispecie complessa caratterizzata da diversi elementi, idonea quanto meno a ridurre le sopra rassegnate incertezze circa la portata semantica dell'istituto[230].

---

[228] T. PADOVANI (1), *op. cit.*, p. 531

[229] Differito nell'efficacia con il D.L. 31.10.2022 n. 162 al 31.12.2022 dal Governo Meloni *medio tempore* insediatosi. L'art. 335 c.p.p. rilasciato dalla riforma Cartabia dispone che: *«1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonchè, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito, contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto. 1-bis. Il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico…».*

[230] Nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale - in www.sistemapenale.it, 10.8.2022, cit. pag. 77 - così come nella *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150* - in Gazzetta Ufficiale, Supplemento straordinario n. 5, Serie Generale n. 245 del 19.10.2022, pag. 246 e ss. - si rammentava anzitutto come l'art. 1 comma 9 *lettera p)* della legge 134 del 2021 avesse affidato al legislatore delegato il compito di definire la nozione di notizia di reato – oggettiva e soggettiva - stabilendo i criteri in base ai quali il

La ratio del *novum* consisteva anche nella introduzione di efficaci forme di controllo sulla gestione dei tempi delle indagini, con l'obiettivo di sottrarre il momento delicato di iscrizione della notizia di reato – intesa nella sua componente oggettiva e soggettiva – a un duplice rischio: considerare tale atto un mero adempimento formale, con conseguente possibile iscrizione di notizie di reato generiche (che dunque propriamente tali non sono) e di soggetti raggiunti da meri sospetti, con effetti pregiudizievoli nei loro confronti; al contrario, richiedere ai fini dell'iscrizione requisiti troppo stringenti con la conseguenza di ritardare sia il termine di decorrenza delle indagini, sia l'attivazione delle garanzie riconosciute alla persona sottoposta alle indagini[231].

L'iscrizione della notizia continua[232] ad essere – secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite[233] - atto a struttura complessa, nel quale convivono una componente "oggettiva" - qual è la configurazione di un determinato fatto ("notizia") come sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa - e una componente "soggettiva", rappresentata dal nominativo dell'indagato, dalla cui individuazione soltanto i termini di indagine cominciano a decorrere.

Naturalmente il legislatore delegato ha continuato a distinguere nel nuovo art. 335 c.p.p. tra iscrizione *oggettiva* e *soggettiva*.

Gli elementi fondamentali della iscrizione oggettiva sono: una rappresentazione del fatto (infra 3.1.1.); la sua non inverosimiglianza (3.1.2.); il suo carattere determinato (3.1.3.) con la precisazione che le circostanze di tempo e di luogo del fatto non sono indispensabili a integrare questo requisito e sono indicate solo ove risultino; (3.1.4.) la possibilità di sussumere l'accadimento in una fattispecie incriminatrice.

Solo al ricorrere di tali congiunti requisiti è oggi possibile distinguere il mero ed astratto sospetto di reato di cui all'art. 116 disp. att. dalla notizia di reato quale ipotesi concreta[234].

---

pubblico ministero è tenuto a provvedere alla relativa iscrizione nel registro; definizione che assume particolare importanza: da un lato, in quanto assicura certezza e omogeneità a un atto che - come più volte anticipato - segna la decorrenza del termine delle indagini preliminari; dall'altro, offre parametri oggettivi di riferimento al giudice che - come previsto dalle lettere q) e r) della delega - viene ora chiamato a valutare la tempestività dell'iscrizione.

[231] M. GIALUZ, *op. cit*. pag. 38 rileva a tal proposito come l'esclusione di uno iato temporale nell'art. 335 c.p.p. tra emersione della *notitia criminis* e iscrizione era stata opportunamente confermata dal testo approvato in via definitiva, con l'obiettivo di ridurre le incertezze manifestatesi nell'utilizzo del c.d. modello 45 da parte degli uffici di procura.

[232] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 6

[233] Cass. S.U., n. 40538/2009, Cit.

[234] F. DI VIZIO, op. cit. pag. 11.

La qualità della notizia di reato diventa un tassello fondamentale nella trama del procedimento penale nell'ottica dell'efficienza e della selezione dei fatti penalmente rilevanti, per i quali è giusto e corretto il dispendio delle risorse investigative ed economiche.

3.1. Iscrizione oggettiva

Il tenore del nuovo art. 335 c. 2 c.p.p. impone anzitutto di chiedersi se il riformatore abbia inteso "addensare" il fatto nella nuova notizia di reato, per selezionare un poco i fatti davvero meritevoli di iscrizione[235]. Un indizio in tal senso potrebbe derivare dalla previsione di un controllo sulla mancata iscrizione nel registro degli indagati di notizie già provviste di "elementi addensanti" il fatto tipico da parte del GIP, attraverso due nuovi istituti.

Ci riferiamo anzitutto al sopra anticipato meccanismo di controllo previsto dall'art. 335 ter c.p.p., che[236] lascia comunque al pubblico ministero la possibilità di dire l'ultima parola sul *dies a quo* della iscrizione.

Non basta. Il legislatore delegato ha introdotto altresì l'istituto inedito dell'accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato, ai sensi dell'art. 335 quater c.p.p.[237] Trattasi di un vero e proprio "incidente sulla tempestività", che può essere azionato anche su istanza di parte, e che il giudice potrà accogliere quando il ritardo nell'iscrizione debba essere stato ingiustificato e inescusabile[238].

---

[235] Già a margine della relazione della commissione Lattanzi, R. APRATI (1), op. cit., pag. 4 osservava come fosse opzione naturale nel sistema concepito dal codice Vassalli considerare le notizie di reato come informazioni "nude" ovvero non supportate da dati probatori di conferma, perché nel 1988 l'obiettivo era quello di eliminare la prassi, vigente durante il codice Rocco, della pre-inchiesta della polizia giudiziaria, destinata poi a confluire nel rapporto di polizia; pertanto, posta la insostenibilità del carico sopportato dal sistema (pre)vigente, non sembra così peregrina la possibilità - a seguito della riforma Cartabia - di cestinare informazioni che non raggiungano un certo standard probatorio minimo.

[236] Secondo l'art. 335 ter c.p.p. – rubricato per l'appunto *ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini* –: «1. *Quando deve compiere un atto del procedimento, il giudice per le indagini preliminari, se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito a una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, sentito il pubblico ministero, gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione*. 2. *Il pubblico ministero provvede all'iscrizione, indicando la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini. Resta salva la facoltà di proporre la richiesta di cui all'articolo 335-quater».*

[237] Recita l'art. 335 quater c.p.p. – rubricato accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato – che: «*1. La persona sottoposta alle indagini può chiedere al giudice di accertare la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 della notizia di reato che la riguarda e del suo nome, con richiesta di retrodatazione che indichi, a pena di inammissibilità, le ragioni che la sorreggono e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo. 2. La retrodatazione è disposta dal giudice quando il ritardo è inequivocabile e non è giustificato…8. In caso d'accoglimento della richiesta, il giudice indica la data nella quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito».*

[238] Come osserva M. GIALUZ, op. cit. pag. 41, «il giudice sarà chiamato a valutare la sussistenza di un ritardo inequivocabile e ingiustificato. Con riferimento al primo profilo, deve risultare conclamata la ricorrenza di indizi a carico dell'indagato in epoca antecedente alla sua iscrizione; con riguardo invece al secondo requisito, il d.lgs. n. 150 ha ripreso tale e quale la formulazione della delega, prescrivendo la retrodatazione solo nel

Mutuando il codice genetico del fatto costituente notizia di reato dalla scansione procedimentale che giustifica la retrodatazione coatta della iscrizione, Roberta APRATI[239] osserva che il "fatto" a seguito del D. Lgs. 150/2022 consiste negli «*specifici indizi a carico della persona poi indagata emersi precedentemente alla data in cui è avvenuta l'iscrizione soggettiva, di talché è necessaria la comparazione fra gli atti investigativi compiuti, perché occorrerà ricostruire lo sviluppo investigativo al fine di individuare il momento di passaggio da mero sospetto ad indizi specifici*».

Rielaborando uno spunto nato in seno alla sopra richiamata commissione Riccio[240], la notizia di reato è stata definita - nel comma 1 del novellato art. 335 - come la «*rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza e riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice*». Le circostanze di tempo e di luogo del fatto non sono indispensabili a integrare il requisito della determinatezza: dunque, esse sono indicate solo ove risultino; ovviamente, ove dovessero essere individuate in epoca successiva, l'iscrizione dovrà essere in tal senso integrata.

Disaminando il paragrafo 16 della relazione della commissione Riccio[241] per la riforma del c.p.p. (27.7.2006), emergono invero innegabili punti di contatto con la definizione rilasciata dal Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022. La commissione Riccio[242] aveva sentito in particolare l'esigenza di proporre la definizione della notizia di reato, paragonando l'informazione meno significativa e meno

caso in cui il ritardo sia privo di giustificazioni. Ebbene, tale formulazione rischia di aprire la strada a un'interpretazione lata in forza della quale si finirà per considerare giustificato anche il ritardo motivato da carenze organizzative o dal sovraccarico dell'ufficio. Non sfuggirà, però, che tale esegesi finirebbe per neutralizzare la novità condannandola all'inutilità: l'unica via ragionevole è dunque quella di ritenere giustificato il solo ritardo derivante dalla oggettiva complessità delle valutazioni richieste ai fini dell'iscrizione. Laddove il giudice ritenga sussistenti i presupposti, sarà lui stesso a indicare al pubblico ministero la data nella quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato è attribuito (comma 8)».

[239] R. APRATI (1), op. cit., pag. 5.

[240] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 5, rileva come nel progetto Riccio la struttura era proiettata su un'udienza di conclusione delle indagini che consentiva di armonizzarla con il suo epilogo, mentre la scelta del Legislatore della Cartabia lascia inalterata l'architettura essenziale ed interviene al suo interno per razionalizzare i tempi ed elaborare meccanismi di controllo giurisdizionale prima del tutto assenti.

[241] Relazione al progetto per la riforma del codice di procedura penale, par. 16, Le indagini preliminari, 27.7.2006, www.giustizia.it

[242] cfr. G. CANZIO (2), *Il progetto "Riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in Criminalia, annuario di scienze penalistiche, 2007, pagg. 167-185. Nella relazione si precisava infatti che *«le differenze più significative rispetto a quelle del 1988 sono concentrate nelle fasi dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato, della definizione stessa di notizia di reato, nei meccanismi di proroga dei termini di durata delle indagini stesse, nella spedizione dell'informazione di garanzia, nelle c.d. finestre giurisdizionali e nella conclusione della fase (azione o archiviazione). Per il resto, invece, si è tentato di razionalizzare il modello investigativo esistente, affidando al pubblico ministero la conduzione e la responsabilità delle indagini ed alla polizia giudiziaria il compito fondamentale di prendere notizie dei reati e di coadiuvare il pubblico ministero nell'esercizio delle attività investigative. Naturalmente, anche il pubblico ministero dovrà/potrà prendere notizia dei reati, nei limiti stabiliti dalla legge, cioè secondo scansioni normative che potranno anche limitare, senza annullare, questo potere rispetto a specifiche e predeterminate fattispecie di reato. In particolare, la fase delle indagini preliminari, nell'intenzione posta a fondamento della legge delega, resta una fase procedimentale che precede l'esercizio dell'azione penale ed è ovviamente orientata a porre in essere tutte le attività necessarie all'assunzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.»*

concludente della notizia di reato come un "dato grezzo", segnalando l'esigenza di delimitare la portata semantica dell'istituto. Ciò che evidentemente è stato mutuato dal riformatore rispetto al progetto Riccio, è una perimetrazione della notizia di reato, una precisazione del parametro dell'attività valutativa che il pubblico ministero è chiamato ad operare perché ancora obbligato a farlo secondo l'art. 112 della Costituzione e perché altrimenti rischia di subire un controllo giudiziale ex post ai sensi degli articoli 335 ter e 335 quater c.p.p.

Ma – come anticipato – se i pubblici ministeri dovessero oltremodo temere la scure del controllo giudiziale (e conseguenze disciplinari) potrebbero istintivamente essere portati ad iscrivere "tutto, tutti e subito", rispolverando la logica della iscrizione come "atto dovuto", *modus operandi* che contraddice lo spirito efficientista (e garantista) della riforma Cartabia.

Che fare quindi?

Intanto non trarre conclusioni avventate, anche alla luce della soluzione di buon senso proposta nelle immediatezze della riforma dal vertice della magistratura inquirente[243]. Una valvola di sfogo per evitare il ritorno alle iscrizioni massive potrebbe essere il più volte richiamato modello 45, che non sarebbe a questo punto sbagliato disciplinare con maggiore convinzione, magari introducendolo nel codice – ed ipotizzando una "finestra giurisdizionale" anche *inaudita altera parte*, ovvero *de plano* - che possa limitare il rischio di censure *ex post* da parte del GIP, ma soprattutto, contenere l'abuso e non l'uso da parte dei magistrati inquirenti secondo le prassi e deviazioni sopra ritenute concausali alle esigenze di definizione della notizia di reato. Oppure, prevedere un meccanismo di controllo disciplinare per l'abuso del modello 45, facendolo rientrare espressamente tra i criteri di valutazione di professionalità dei pubblici ministeri alla luce della Legge n. 71 del 17.6.2022, quale indicatore della capacità dei p.m.,

[243] Cfr. Procura Generale della Corte di Cassazione, *Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs. n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*, 19.1.2023, pag. 7, in www.sistemapenale.it Nel documento licenziato a seguito della entrata in vigore della riforma, la procura generale presso la Corte di Cassazione aveva osservato che «*…le caratteristiche del fatto necessarie per ritenere sussistente la notizia di reato, come in passato, costituiscono oggetto di un'attività valutativa, in quanto implica un giudizio sulla sussistenza dei presupposti per l'iscrizione (oltre che per il tipo di iscrizione). L'elemento di novità è dunque costituito dalla precisazione del parametro dell'attività valutativa, al fine di evitare i rischi di iscrizioni precoci e indiscriminate. Un più stringente scrutinio, in sede di valutazione della notizia, dei tratti della "determinatezza", "non inverosimiglianza" e "riconducibilità, sia pure in ipotesi, ad una fattispecie incriminatrice", dovrebbe condurre l'ampliamento delle verifiche preliminari, con concreta probabilità di un aumento del numero delle annotazioni nel registro dei fatti non costituenti reato (modello 45). Conseguentemente, potrebbe risultare alterato il rapporto percentuale "fisiologico" tra il numero delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e nel registro modello 45, che i precedenti orientamenti della Procura Generale della Cassazione del 3 giugno 2019 reputavano necessario mantenere, anche al fine di contenere entro limiti temporali modesti tale ultima iscrizione. Tuttavia, le esigenze acceleratorie alla base della riforma e la possibilità che, nel caso di passaggio da modello 45 a modello 21, il giudice, ai sensi dell'articolo 335 quater c.p.p., possa ritenere tardiva l'iscrizione in quanto sussistenti "ab initio" le condizioni per procedervi, inducono a ritenere come residuale l'iscrizione a modello 45 e privilegiare nel dubbio, l'iscrizione a modello 21…».*

desumibile "…*dall'impiego di corrette tecniche di indagine…"* ovvero "…*dall'esito, nelle successive fasi e nei gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, relativi alla definizione di fasi procedimentali o processuali o all'adozione di misure cautelari*…"[244] (come proporremo nel capitolo 3 sezione III par. 3, al fine di sensibilizzare i magistrati sul corretto utilizzo della formula ragionevoli previsioni di condanna).

3.1.1. Segue. La rappresentazione di un fatto

La nuova notizia di reato richiede anzitutto la *rappresentazione di un fatto*.

Come ricorda Carlo SOTIS[245] "fatto" e "tipicità" sono concetti centrali nel diritto penale sostanziale, ma sono oggetto di ricostruzioni e accezioni profondamente divergenti; del resto, Giacomo DELITALA[246] in tempi non sospetti rilevava come «*il termine "fatto" è usato assai frequentemente dalla nostra legge e dalla nostra dottrina. (...) Eppure intorno a questo concetto regna ancora oggi la più grande disparità di opinioni, ed il termine viene assunto, a seconda dei diversi autori, nelle accezioni più disparate: (...)*», ed analoga sorte non poteva che toccare alla tipicità secondo Giuliano VASSALLI[247].

Il concetto di *fatto*[248] ai nostri fini può assumere diverse significazioni – costringendoci l'indagine sulla "resa" del Tatbestand a navigare la "sottile fiumara" che separa in *materia qua* le sponde del diritto sostanziale penale dal processuale - che in questa sede possiamo limitarci a tracciare solo per cenni, senza alcuna pretesa di esaustività.

Secondo Antonio PAGLIARO[249] per fatto nel processo penale può essere inteso il fatto giuridico processuale penale, cioè il fatto giuridico dotato di effetti processuali penali. La nozione non è altro se non una particolare applicazione del concetto di fatto giuridico alla materia processuale penale e non dovrebbe suscitare problemi diversi da quelli che si pongono al fatto nella teoria generale del diritto. Per Rocco ALAGNA[250] ci sono due concetti di fatto che convivono nel sistema penale: uno in senso lato, statico e astratto, corrispondente al significato garantistico del principio di legalità e che comprende tutti gli elementi del reato; e uno in senso stretto, dinamico e concreto, che ingloba nel concetto di fatto solo

[244] circolare C.S.M. n. 20691 del 8.10.2007, capo V

[245] cfr. C. SOTIS (1), *il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, op. cit. pag. 465.

[246] G. DELITALA, op. cit. pag. 9.

[247] G. VASSALLI, *Tipicità: diritto penale*, in *Enc. dir*. Torino, 1992, 535 s.

[248] *ex plurimis* G. FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in «Digesto delle discipline penalistiche», V, 1991, p. 154.

[249] A. PAGLIARO, *Fatto (dir. proc. pen.)*, Encicl dir. XVI, Milano, 1967, 961.

[250] R. ALAGNA, op. cit. pag. 201.

gli elementi oggettivi del reato secondo una graduazione che porta, poi, all'antigiuridicità[251] e alla colpevolezza[252].

Diversa ricostruzione della accezione processuale del "fatto" viene operata da Luigi CARLI[253], secondo il quale il codice Vassalli sembra ancorare, al di là delle formule dei *conditores* e delle stesse intenzioni del legislatore, il concetto di "fatto" alle precise connotazioni ontologiche del fenomeno storico o dell'evento "reale" di rilevanza giuridica, da verificare "nel" e "col" processo. Ne consegue, peraltro, che come evento storico esso è sì sempre e comunque riconducibile, al processo ed ai suoi schemi logici, "quasi logici", "topici", "valutativi" o "retorici" preordinati dall'ordinamento in vista della tutela di determinati interessi o diritti fondamentali, ma inteso come specimen del mondo reale, presenta pure una connotazione di concreta oggettività e di neutralità rispetto alle intenzioni o dalle convinzioni soggettive di chi nel processo agisce. Tutto ciò sembra agevolmente emergere da una sia pur sommaria ricognizione delle formule e dei correlati concettuali espressi altresì dalle varie norme del codice diritto che esplicitamente o indirettamente menzionano e presuppongono il "fatto"[254].

---

[251] A. GARGANI (1), op. cit. pag. 517.

[252] R. ALAGNA, op. cit. pag. 202 osserva in particolare come la dottrina, pur indicando pacificamente che il concetto penalistico di fatto non proviene dalla teoria del diritto, non è concorde nell'individuarne la genesi. Secondo alcuni – tra cui A. PAGLIARO, op. cit. pag. 623 e ss. - il concetto di "fatto", nonostante sia di matrice processuale, deve assumere le movenze tipiche della teoria del diritto e quindi essere inteso come un concetto onnicomprensivo, un sinonimo di reato; altra opzione dommatica – tra cui G. MARINUCCI, op. cit. pag. 1207 - ne disconosce la genesi processuale e sostiene che la nascita del concetto di "fatto" corrisponda alla presa di coscienza illuministica della necessità di un concetto materiale garantistico che individui le mere modalità di offesa. F. CORDERO (2), *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 939 - riconosce la genesi processuale del fatto penale e costruisce su questa consapevolezza il concetto di fatto integralmente in chiave processualistica.

[253] L. CARLI (2), *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma della procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1995, p. 239 e ss.

[254] Sempre secondo L. CARLI (2) - op. cit. PAG. 240 - «ricavabili dalla locuzione "fatto commesso" proposte nel capoverso dell'articolo 25 Costituzione, in riferimento al principio di cosiddetta legalità della pena, le concezioni dei costituenti in tema di "fatto" che rileva per l'ordinamento (penal) processuale, sembra far perno su una visione storica e "materiale" dello stesso, all'evidenza, considerato come quel comportamento umano volontario, espresso in un'azione o in una omissione, che sia posto concretamente in essere da uno o più soggetti[254]. Né una prospettiva del genere, ancorché sia innegabile il difetto di espressa predisposizione, da parte degli stessi costituenti, di un particolare modello di processo penale, o quantomeno, la loro opzione verso una delle note tipologie di sistema, sembra estranea all'ideologia del "fatto" da assumersi in relazione a tutte quelle disposizioni della Costituzione che, direttamente o indirettamente, al processo fanno riferimento, come ad esempio, l'accennato articolo 25, comma secondo, ma anche gli articoli 13, 24, 27. 111 e 112. L'accezione del "fatto" come "accadimento" o "fenomeno giuridico" concreto e, in quanto tale, percettibile, descrivibile e controllabile nella sua oggettività in sede di giudizio pare invero, un'adeguata chiave di lettura per intendere portata e significato di norme siffatte. D'altra parte, una concezione del genere non sembra estranea neppure ai principi di teoria generale che, nel 1947, guidavano i lavori della Costituente, in ispecie, laddove questa suggeriva di enucleare dal concetto di "fatto" inteso in senso ampio e generico, quale accadimento del mondo naturale o della realtà sociale, l'atto in senso proprio, riconducendolo da un lato alla volontà umana, ma dall'altro ad una precisa dimensione spazio temporale, in un dato contesto storico assoggettabile a verifica. E in effetti, per quanto si dia ampiamente atto che il termine fatto venga ancora usato, sia in dottrina che in sede normativa con disinvolta frequenza, senza che tuttavia sullo stesso si sia raggiunta la

Il "fatto" assume poi diversa consistenza, o addensamento, man mano che attraversa le varie scansioni del procedimento penale, circostanza posta nelle premesse della nostra indagine sul momento genetico del *procedimento* e del *processo*. Come anticipato infatti, l'ipotesi accusatoria prende le mosse dalla notizia del reato che contiene solo un'ipotesi generica di un fatto di reato, quindi un'indicazione normativa non necessariamente corredata dalla presenza di un soggetto indagato; questa situazione descrittiva migliora nel momento in cui s'invia l'informazione di garanzia che deve contenere - *ex* art. 369 c. 1 c.p.p. - anche luogo e tempo del fatto. Il fatto comincia a prendere la sua forma con la richiesta a presentarsi per rendere interrogatorio all'indagato; qui, infatti, *ex* art. 375 c. 3 c.p.p., è necessaria una sommaria enunciazione del fatto; la mera enunciazione diventa, poi, descrizione sommaria del fatto *ex* art. 292 c. 2 lett. b, nel momento in cui il giudice delle indagini preliminari emette ordinanza di custodia cautelare; l'imputazione appare a chiusura delle indagini preliminari come atto d'inizio dell'azione penale *ex* art. 405 c.p.p.; il fatto emerge nella sua dignità concettuale per la prima volta nel decreto che dispone il giudizio che contiene *ex* art. 429 c.p.p., l'enunciazione chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e delle condizioni che possono portare all'applicazione di una misura di sicurezza. Naturalmente il passaggio del "fatto" attraverso i vari tunnel (che con uno sforzo di immaginazione potremmo pensare di diverso "diametro") del procedimento penale, dalla iscrizione della *notitia criminis* alla sentenza conclusiva del giudizio, implica un diverso atteggiarsi degli elementi della fattispecie, la valutazione con "diverse lenti" di un accadimento storico che consente di passare dalla fattispecie astratta alla fattispecie giudiziale[255].

> Come ricorda Rocco ALAGNA[256] per giungere al discernimento della situazione giuridica si deve passare, allora, dall'analisi della fattispecie legale astratta a quella della fattispecie giudiziale, dai presupposti di sopravvivenza sostantiva del fatto di reato alle condizioni processuali di registrazione di tale sopravvivenza. Le fasi sono chiare: si va dalle indagini preliminari strutturate dalla c.d. "imputazione preliminare", all'udienza preliminare, al dibattimento, si prosegue, poi, in sede d'impugnazione e di giudizio di legittimità, per giungere in sede d'esecuzione, dove si valuta la possibilità di pronunciare un'abolizione del reato, e, quindi, di far cessare la pena e gli effetti penali della condanna. Il "fatto giudiziale" non partecipa della genericità del fatto tipo né dell'imperscrutabilità dei fatti reali, il processo d'accertamento si ferma ogni volta nel momento in cui il livello di avanzamento della dimostrazione supera quello richiesto dalla fattispecie astratta. Questo rapporto tra fattispecie astratta, fatto storico e fatto giudiziale, comincia con l'acquisizione della notizia di reato e prosegue sino alla cristallizzazione della relazione astratto-concreto nella

benché minima univocità concettuale. Tanto da giustificare in sede di principio solo individuazioni generalissimi e in qualche misura tautologiche, come ad esempio l'affermazione che "fatto giuridico processuale, penale" è "ogni fatto dotato di effetti processuali penali"».

[255] Sulle interazioni tra tipicità e diritto processuale cfr. anche F. PICINALI, *Tra concetto e prova: le interazioni del diritto penale con l'epistemologia giudiziaria*, PhD Thesi, Università di Trento, 2001 (online), pagg. 1-251.

[256] R. ALAGNA, *op. cit.* pag. 33 e ss.

sentenza passata in giudicato. Dalla notizia di reato sino al decreto che dispone il giudizio, l'ipotesi accusatoria ha ampie possibilità di venire modificata. Differente è, invece, la registrazione delle variazioni intertemporali in dibattimento, dove specifiche formalità gestiscono la sensibilità dell'imputazione al mutamento della fattispecie, e, più in generale, alla difformità tra il fatto reale e il fatto imputato. Con l'apertura del dibattimento inizia la fase di fluidità dell'imputazione in senso stretto e del fatto ivi descritto. Si schiudono, allora, tutte le problematiche inerenti la "novità" e "diversità" del fatto.

Tanto premesso, si osserva come[257] la lettera dell'art. 335 c.p.p. parla di "rappresentazione del fatto" e non già di "accadimento" per ragioni tecniche, permettendo così di distinguere tra il mero sospetto di cui all'art. 116 disp. att. c.p.p. – che corrisponde ad una ipotesi astratta – e la notizia di reato, che invece coincide con una ipotesi concreta. Così, per vero – si aggiunge[258] - già la Polizia giudiziaria nella raccolta della notizia di reato deve tener conto del nuovo dettato dell'art. 335 c.p.p., secondo cui la notizia deve consistere in una rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile; non potrà più essere sufficiente dunque, al fine di integrare una notizia di reato suscettibile di essere iscritta in un procedimento penale a carico di ignoti o di persone note, la raccolta di un insieme di argomenti logici o logico-tecnici privi di un supporto oggettivo fattuale (anche in previsione del criterio di giudizio finale per cui la ragionevolezza esclude la rilevanza di mere congetture o ipotesi).

3.1.2. Segue…determinato

La nuova notizia di reato deve avere ad oggetto *la rappresentazione di un fatto determinato*.
Come si legge nei commenti a prima lettura[259] della procura generale presso la Suprema Corte, «*il riferimento del novellato articolo 335, comma uno, codice di rito alla "*rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice*",* impedisce iscrizioni di notizie prive del carattere della precisione, ovvero che si colorano immediatamente come meri sospetti, congetture o illazioni. L'utilizzo del termine "fatto" rimanda la necessaria compresenza nella notizia, nella loro portata minima ed essenziale, degli elementi di fatto – condotta, evento, nesso causale, presupposti e modalità della condotta richiesti dalla fattispecie ipotizzabile - in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale (sentenza numero 200 del 2016) in riferimento al divieto di un secondo giudizio, ex articolo 649 c.p.p.: una notizia incompleta dei

[257] così M. GIALUZ, op. cit. pag. 39

[258] Cfr. S. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in Sistema Penale, 23.5.2023, pag. 2.

[259] Procura Generale della Corte di Cassazione, op. cit. pag. 6.

succitati elementi è dunque priva della necessaria "determinatezza" e perciò destinata alla non iscrizione nei registri (a seconda dei casi) modello 21, modello 21 bis, modello 44. Del resto, l'articolo 332, che disciplina il contenuto della denuncia, e l'articolo 347 che illustra il contenuto dell'informativa di reato, fanno riferimento agli elementi "essenziali" del fatto.

Secondo Paolo PIRAS[260] non è possibile dare più determinatezza alla nozione di indizi assunta nell'interpretazione del vecchio art. 335 c.p.p. da parte del diritto vivente, essendo fattibile un'analisi separata della questione, in ragione del singolo settore di responsabilità penale che viene in considerazione: ad esempio, l'iscrizione di un imprenditore per bancarotta fraudolenta è qualcosa di diverso dall'iscrizione di un medico, c'è una sentenza di fallimento, c'è una relazione di un curatore, ci sono indagini della Guardia di Finanza sulla sottrazione o no dei beni d'impresa ecc.

La precisione e determinatezza dei fatti suscettibili di iscrizione, che quindi devono essere delimitati nello spazio e nel tempo dovrebbe allora indurre il p.m. ad evitare iscrizioni di mera garanzia, ovvero, ad esempio, iscrizioni di lamentele sull'esito di giudizi e altri procedimenti prive di qualsivoglia riscontro o appiglio nella realtà.

3.1.3. Segue. …non inverosimile.

La nuova notizia di reato prevista dall'art. 335 c.p.p. richiede la *rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile*.

Del tutto inedito è il riferimento alla "non inverosimiglianza" dei fatti quale presupposto dell'iscrizione, in quanto attribuisce nuova valenza alla logica valutativa. Tuttavia non si può trascurare che "non inverosimiglianza" non equivale ad accertata verosimiglianza dei fatti, alla cui verifica tendono proprio le prime indagini successive all'iscrizione della notizia di reato: dunque nei casi (niente affatto infrequenti), in cui, allo stato degli atti, non sia possibile affermare se i fatti siano verosimili o meno, la notizia di reato dovrà essere iscritta.

In base a tale criterio, non sussiste l'obbligo di iscrizione nel caso in cui la logica dimostri che i fatti, sulla scorta degli indizi ed all'esito di una valutazione preliminare, seppur non empiricamente impossibili, sono oggettivamente inverosimili, cioè presentano margini elevati di opinabilità probabilistica: il che, ovviamente non impedisce di effettuare gli accertamenti preliminari non invasivi, allo stato degli atti senza indagati.

[260] P. PIRAS (1), op. cit. pag. 5.

> Tra gli esempi di iscrizioni non più consentite, secondo tale interpretazione, possiamo segnalare [261] la prassi (nel passato giustificata) delle iscrizioni conseguenti ad esposti che traspongono, nel procedimento penale, le rivendicazioni avanzate in un diverso giudizio ovvero nell'ambito di un procedimento amministrativo, sotto forma di doglianze contro atti e comportamenti, allorquando tali esposti, pur accompagnati dalla specifica qualificazione penale di tali condotte, manchino di qualsiasi allegazione di circostanze congruenti con la fattispecie segnalata, allusivamente o anche espressamente, nell'esposto.

La disciplina delle modalità di registrazione delle difformità tra il fatto imputato e il fatto storico deve contemperare diverse esigenze: da un lato, la necessità di specificare il fatto tipo legislativo e renderlo adeguato allo scopo del processo, che non è quello di accertare un mero fatto, ma quello di vagliare un'ipotesi accusatoria formulata imputando del fatto un soggetto specifico, che avrebbe commesso un fatto specifico, in un luogo determinato e con modalità, effetti e colpevolezza determinati; dall'altro lato, è inimmaginabile una ricostruzione pedissequa degli eventi così come si sono effettivamente verificati[262]. La connotazione del fatto come *non inverosimile* non può certo essere sovrapposta *sic et simpliciter* al fatto *vero*[263].

Non vi è dubbio che la specificazione introdotta dal D. Lgs. 150/2022 persegue una finalità selettiva, ostacolando le scorciatoie probatorie che sotto la vigente disciplina avevano consentito di allargare le maglie della iscrizione della *notitia criminis*, sulla scorta delle cattive prassi consentite dal fatto che – si osserva [264] - la ridefinizione dei confini della fattispecie in base alla praticabilità processuale o alla disponibilità probatoria rappresenta quasi una costante dell'esperienza applicativa: l'amputazione di

---

[261] Procura Generale della Corte di Cassazione, op. cit., pag. 5.

[262] Invero - come ricorda R. ALAGNA, op. cit. pag. 35 «...il processo è un divenire, una stratificazione di una serie di atti che definiscono, precisandoli, i contorni penalmente rilevanti del fatto storico, si deve evitare la cristallizzazione del fatto su di un'ipotesi non coerente rispetto a ciò che si è realmente verificato. Nel caso in cui emerga la diversità del fatto imputato rispetto a quello storico, il pubblico ministero deve parzialmente sostituire l'imputazione e procedere a una nuova contestazione della circostanza omessa dall'ipotesi accusatoria».

[263] Appare opportuno ricordare che, secondo G. UBERTIS (1), *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV, La conoscenza del fatto nel processo penale, a cura di G. Ubertis Milano 1992, pag. 3 e ss.- essendo ormai assodato - nell'ambito della attuale cultura filosofico scientifica - che «qualsiasi risultato di un'indagine "fattuale" dipende necessariamente dal contesto in cui questa si svolge, dal metodo seguito e dalle finalità che la ricerca si prefigge, sarebbe anche da escludere che il "fatto" possa rivelarsi come pura e semplice "datità" oggettiva. Di conseguenza, sul piano giudiziario, sarebbe del tutto illusorio tendere ad una conoscenza obiettiva e neutrale del "fatto", ossia tentare di scire per causas i "comportamenti umani" cui fa cenno l'articolo 187 c.p.p., per di più, in quanto flashbacks di una vicenda storica irripetibile, in sé sempre unici e infungibili*...».* L. CARLI (2), op. cit. pag. 232 - aggiungeva che privilegiando la finalità didascalica dell'azione normativa, il legislatore del 1988 era giunto così a contrapporre alla tradizionale concezione della "verità materiale" o "corrispondenza ai fatti", più o meno consapevolmente ormai radicata nella cultura giuridica del nostro tempo e del nostro Paese, quella di una "verità pragmatistica", più usuale nel contesto della ricerca empirica e significativamente diffusa negli ambienti filosofici d'oltreoceano o, addirittura di una verità cosiddetta "performativa", pure espressione di un recente indirizzo di pensiero anglosassone, secondo cui una data proposizione è da ritenersi "vera" solo allorché sia suscettibile di "approvazione" a seguito di un procedimento di controllo pubblico e condotto sulla base di regole predeterminate accettate come tali in un dato contesto spazio temporale.

[264] A. GARGANI (2), op. cit., pag. 63.

elementi della fattispecie, l'introduzione di presunzioni, le inversioni dell'onere probatorio, la ricorrente confusione tra oggetto e mezzo della prova, rappresentano le modalità di manifestazione di quella tendenza alla processualizzazione delle fattispecie sostanziali dominante nella prassi.

3.1.4. Segue…riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice

Infine, l'iscrizione oggettiva della *notitia criminis* presuppone che il fatto rappresentato, determinato e non inverosimile, *deve essere riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice.*

E' questo forse il punto di massima prossimità tra il concetto di fatto sostanziale e processuale, tra tipicità statica e dinamica, fra fattispecie astratta e fatto storico, in quello che abbiamo definito nelle premesse, il momento genetico del procedimento[265].

Il procedimento penale – in sede di iscrizione della *notitia criminis* - lascia (*rectius* deve lasciare) aperto un varco dal quale entra e si espande, insediandosi, il fatto tipico sostanziale che delimita i confini della notizia di reato, erige degli argini al di sotto dei quali il pubblico ministero non può andare, pena la violazione palese – o meglio, la resa - della funzione di garanzia del Tatbestand.

La precisa definizione della notizia di reato contenuti nell'art. 335, co.1, c.p.p. ed i richiami all'esigenza di un fatto, ai requisiti di determinatezza e non inverosimiglianza ed il riferimento ad una fattispecie incriminatrice, evidenzia un chiaro aggancio normativo al principio costituzionale di legalità (con i corollari di determinatezza, precisione e tassatività) che, quindi, non si riferisce esclusivamente alla parte sostanziale del diritto penale ma entra pienamente all'interno del procedimento per rimarcare le esigenze di garanzia che devono essere protette anche dalle norme processuali. Tali esigenze vengono salvaguardate, infatti, se sin dall'origine il procedimento ha ad oggetto fatti verificabili empiricamente, poiché agganciati a fattispecie che potrebbero poi sfociare nei capi d'imputazione[266].

[265] Come ricorda A. GARGANI (2), op. cit. pag. 63 - non vi è dubbio, peraltro, che il piano che si presta a subire gli effetti più penetranti della prevaricazione della prova sia quello della tipicità in concreto (accertamento della corrispondenza dell'accadimento storico alla fattispecie astratta): è qui che la dimensione sostanziale e la dimensione probatoria convergono, secondo rifrazioni e interferenze di multiforme peso e significato, che si riverberano, alfine, sul contenuto normativo. La crisi della fattispecie si traduce nella progressiva perdita d'identità e specificità del diritto sostanziale, sempre più spesso ridotto a modello di tutela "a maglie larghe", affine a quello civilistico, favorendo esiti repressivi "totalizzanti", incentrati sul generico "neminem laedere". Distacco dal canone "regolativo" di frammentarietà e relativizzazione dell'idea di tipicità fanno sì che la selezione del penalmente rilevante sia effettuata in funzione del processo, in vista di obbiettivi che trascendono il piano dell'accertamento di responsabilità degli imputati e risentono dell'impatto e dell'attesa sociale della decisione.

[266] S. DE FLAMMINEIS, op. cit. pag. 3.

A questo livello della indagine emerge con maggiore nitidezza che[267] la fattispecie astratta ha una tensione dogmatica verso il fatto storico, tensione che si struttura, con alcune differenze, attraverso strumenti formalizzati come le circostanze proprie e improprie del reato. Quest'attrazione tra la parte precettiva e sanzionatoria della fattispecie, tra fatto storico e norma incriminatrice si sviluppa anche a livello dei singoli elementi della fattispecie, grado di illiceità e di colpevolezza, e viene decodificata dalla misura della gravità, esito del procedimento di commisurazione della pena. Tale lettura gradualistica del reato ha alla fonte una peculiare struttura logica della fattispecie penale, insieme classificatoria e ordinale, che corrisponde a una versione aggiornata del concetto di "tipo". Concepire la fattispecie penale come tipo, come espressione congiunta di una funzione classificatoria che separa il penalmente lecito dall'illecito, e di una funzione ordinale che individua il giudizio di gravità nella commissione del fatto di reato, legittima l'affermazione che la fattispecie incriminatrice è composta da stratificazioni, tutte tipiche e formalizzate, di fattispecie che si articolano secondo le circostanze proprie e le circostanze improprie sufficientemente determinate».

Un contributo alla esatta portata semantica *in parte qua* del nuovo art. 335 c.p.p. promana dal documento licenziato dalla procura generale presso la Corte di Cassazione. I magistrati requirenti di legittimità si interrogano[268] anzitutto sulla sua eventuale valenza innovativa rispetto agli orientamenti giurisprudenziali sul tema. La questione preliminare che si pone è se siano stati previsti nuovi e diversi requisiti ("Indizi" e non più "specifici elementi indizianti") tali da determinare un ampliamento dell'obbligo di iscrizione nel registro; ovvero, se in senso diametralmente opposto, i caratteri della non inverosimiglianza, della determinatezza e della riconducibilità del fatto, sia pure "in ipotesi", ad una fattispecie incriminatrice, rendano invece necessarie verifiche preliminari all'iscrizione, con la conseguenza di aumentare il numero delle annotazioni nel registro dei fatti non costituenti reato. Nella nota congiunta trasmessa alla Procura generale in data 25 novembre 2022, i Procuratori generali sottolineano come il riferimento al concetto di "indizi" sostanzialmente confermerebbe il pregresso orientamento della giurisprudenza di legittimità (secondo cui l'obbligo sorge in presenza di "specifici elementi indizianti e non di meri sospetti"). L'utilizzo del concetto di "indizi" ed il carattere oggettivo di questi confermano che la concatenazione logica a base degli stessi deve innestarsi su concrete evenienze fattuali: l'iscrizione non può dunque rinvenire fondamento soltanto in circostanze di carattere strettamente logico (quali, ad esempio, la presunzione di conoscenza e condivisione dell'illecito desunta

[267] R. ALAGNA, *op. cit.*, pag. 197 e ss.

[268] Procura Generale della Corte di Cassazione, *op. cit.* pag. 4

dalla sola preminenza di un soggetto nel contesto di relazioni criminali che lo ha generato), ovvero in ricostruzioni dei fatti, le ipotesi di responsabilità fondate solo sul l'id quod plerumque accidit.

L'iscrizione oggettiva introdotta dalla riforma Cartabia richiede pertanto (quanto meno) *indizi* e non *sospetti*, ferma restando la tipizzazione dei requisiti della nuova notizia di reato. Nei commenti a prima lettura si osserva ancora che[269] *«… tale specificazione, per un verso, precisa che, nel momento dell'iscrizione della notizia di reato, il fatto determinato e non inverosimile deve essere riconducibile ad una fattispecie incriminatrice; per altro verso, evidenzia che è sufficiente una mera corrispondenza "ipotetica" tra fattispecie concreta e fattispecie incriminatrice. Lo scopo delle indagini preliminari, infatti, consiste nella verifica della fondatezza della notizia di reato in vista dell'esercizio dell'azione penale. La norma in esame, pertanto, sottende il che il fatto rappresentato, nel momento dell'iscrizione nel registro, pur se necessariamente "determinato" e "non inverosimile", può presentare un* quid minoris *rispetto alla fattispecie incriminatrice astratta a cui però, seppur solo in ipotesi, deve poter essere riferito. Diversamente, in sede di formulazione dell'imputazione ovvero in sede di decisione, la fattispecie concreta che viene contestata dal pubblico ministero o addebitata in via definitiva dal giudice all'agente deve contenere tutti gli elementi strutturali della fattispecie astratta: fatto storico e norma incriminatrice devono coincidere. L'articolo 335, comma uno, c.p.p., come riformulato dalla riforma cartabia, dunque, rende manifesta la diversità funzionale esistente fra la notizia di reato e la imputazione (e quella che ricorre tra le indagini preliminari e il processo»*.

Sembrerebbe così che il nuovo art. 335 c.p.p. abbia sul punto semplicemente positivizzato ciò che già era acquisito in via di prassi sotto la fattispecie previgente, ovvero la minore densità del fatto nella *notitia criminis* rispetto alla imputazione[270].

Resta appannaggio del pubblico ministero l'attento e prudente apprezzamento delle situazioni volta per volta emergenti dalla comunicazione, al fine di verificare la sussistenza di elementi (risultanti, se sorretti da precise indicazioni o allegazioni, anche dalle dichiarazioni dell'esponente) potenzialmente oltrepassanti la soglia dei meri "sospetti, cosi da eliminare in radice li rischio di indagini condotte nei confronti di ignoti, i cui esiti siano poi dichiarati inutilizzabili per effetto del successivo controllo

[269] Procura Generale della Corte di Cassazione, *op. cit.* pag. 7.

[270] Si spiega così perchè, secondo il vertice della magistratura inquirente, «*in definitiva, ai fini operativi di interesse in questa sede, può ritenersi che l'obbligo di iscrizione sussista: in presenza della prospettazione di fatti "determinati", "non inverosimili" e "specifici" (perché "a carico" della persona della cui iscrizione si discute), idonei ad integrare una "traccia di un percorso logico argomentativo", suscettibile di evocare diversi possibili scenari rispetto al thema probandum, che solo lo sviluppo successivo delle indagini si incaricherà di discriminare, occorrendo altresì che gli indizi siano dotati dei caratteri di certezza storica, concordanza e precisione, ma non anche della "gravità" (necessaria a legittimare altro tipo di richieste e attività processuali). Cosi interpretata, la nuova disposizione non sembra discostarsi significativamente dall'esegesi recepito nelle circolari che, sul tema dell'iscrizione, diversi Procuratori della Repubblica hanno nel tempo adottato»*.

giudiziale[271]. La nuova norma ribadisce in buona sostanza il potere tecnico-valutativo del p.m. di selezionare i fatti determinati e non inverosimili che meritano di essere iscritti nell'ambito di un procedimento penale rimettendo, invece, alle iscrizioni nell'alveo dei procedimenti amministrativi (cc.dd. modelli 45 o K) i fatti che ancora non hanno quelle caratteristiche di consistenza.

Mancano allo stato, parametri certi e vincolanti sulla scorta dei quali il pubblico ministero, in sede di iscrizione della notizia di reato, debba sussumere il fatto rappresentato, determinato e non inverosimile sotto la astratta portata applicativa di una fattispecie incriminatrice. Si potrebbe proporre quello della "quidditas del reato", o ancora la "sostanza della incriminazione", come richiede la Corte di Strasburgo[272] per valutare se le progressive interpretazioni di una norma da parte della giurisprudenza nazionale ne abbiano o meno compromesso la ragionevole prevedibilità[273].

Si osserva poi[274] che l'avere il riformatore preteso una maggiore pregnanza indiziaria per la iscrizione potrebbe finire con lo sdoganare le pre-inchieste. Come è noto, ad oggi la cosiddetta pre-inchiesta preliminare è consentita solo per ricercare le notizie di reato, di tal che se anche per iscrivere la notizia di reato contro ignoti sarà necessaria una soglia probatoria si dovrà di conseguenza legittimare e autorizzare una sorta di pre indagine preliminare; quest'ultima dunque non riguarderà più soltanto gli atti non costituenti notizie di reato così come siamo abituati a concepirli ma anche atti che fino a ieri consideravamo notizie di reato vere e proprie. In pratica il confine fra le due nozioni si sposterà, fermo

[271] Osserva E. DE FRANCO, op. cit. pag. 8 - che la modifica dell'art. 335 c.p.p. è invece in parte qua volta a restringere l'ambito applicativo della norma, nel senso che, se prima poteva essere iscritta anche la *notitia criminis* avente un *quid minus* rispetto all'indizio di reità di cui all'art. 63 c.p.p., ora viene richiesto un *quid pluris*, circostanza che però secondo l'autore ridonda a svantaggio dei diritti dell'indagato, giacché potrebbe condurre nella prassi ad autorizzare il pubblico ministero a posticipare l'iscrizione dalla genesi del procedimento ad un momento successivo, coincidente con quello relativo ad una prima progressione investigativa idonea a far emergere più concreti e pregnanti indizi di reità. Anche l'autore rileva poi la evidente distonia tra la norma *de qua* e l'obbligo di iscrivere prima possibile per evitare la mannaia della finestra giurisdizionale introdotta dalla Riforma. Sulla portata semantica della notizia di reato non è particolarmente indicativo il parere reso dal CSM il 22 settembre 2022, nel quale si assume semplicemente – in tal senso anche F. DI VIZIO, op. cit. pag. 11. che l'iscrizione della notizia di reato è doverosa quando il fatto denunciato o del quale il P.M. sia venuto a conoscenza presenti, nella sua storicità, connotati di verosimiglianza e, giuridicamente, gli elementi costitutivi di una fattispecie di reato, senza ulteriori specificazioni su cosa si intenda per elementi costitutivi.

[272] cfr. S.W. c. Royaume-Uni del 22 novembre 1995 §§ 34-36, utilizzato poi tra le altre e *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* 22 marzo 2001, § 50, *Corte Edu Radio France et autres c. France*, 30 marzo 2004 § 20, in C. SOTIS (2), op. cit. pag. 1364.

[273] Particolarmente interessanti i rilievi di P. PIRAS - op. cit. pag. 5 e ss. – in ordine alle iscrizioni nel registro degli indagati degli esercenti le professioni sanitarie sulla base di indizi derivanti dalla sola posizione di garanzia. Partendo da un fenomeno tanto preoccupante quanto in perfetta aderenza agli obiettivi della presente indagine - la *sindrome clinico-giudiziaria* da cui sono affetti i sanitari coinvolti in vicende penali – l'autore offre una sorta di vademecum ai pubblici ministeri ed ai sanitari per evitare le iscrizioni inutili nel registro degli indagati, invitando i professionisti della salute ad attenersi a buone pratiche. Secondo l'autore infatti: la mera assunzione della posizione di garanzia può dar luogo a *sospetti;* la mancata osservanza di buone pratiche può invero dar luogo a *indizi;* l'accertamento del nesso causale invece da luogo ad una prova, quindi afferisce ad una fase successiva rispetto alle iscrizioni.

[274] R. APRATI (1), op. cit., pag. 5.

restando che la regola fondamentale dovrà rimanere quella oggi implicita del divieto di inserire i risultati della prima inchiesta nel fascicolo delle indagini in quanto dovranno essere confinati nel cosiddetto fascicolo degli atti non costituenti notizie di reato.

La mera previsione della inutilizzabilità sarebbe infatti insufficiente perché nessun recupero probatorio dovrebbe essere consentito e il destino di tali nuove notizie pre notizie anzi di reato qualora non arrivassero alla soglia probatoria richiesta sarebbe quello della cosiddetta cestinazione ovvero dell'archiviazione gerarchica.

3.1.5. Segue. Cenni sulla superfluità delle circostanze di tempo e di luogo del fatto

Infine, il nuovo art. 335 c.p.p. dispone, in ordine alla iscrizione oggettiva, che "…*nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto*».

Nel documento[275] edito dalla procura generale si osserva a tal proposito che la precisazione contenuta nella nuova formulazione - secondo cui le circostanze di tempo e di luogo vanno indicate "solo ove risultino", non dà luogo a dubbi: un fatto può definirsi determinato se è descritto o delineato nel tempo e nello spazio, per lo meno in una misura minima e orientativa ed in presenza di tali coordinate minime. Tuttavia, l'incertezza sugli esatti parametri spaziali e temporali non impedisce l'iscrizione della notizia, come del resto avvenuto sino ad ora (come testimonia la prassi della iscrizione con diciture del tipo "fatto avvenuto, commesso in epoca antecedente, a…"; qualora le precise connotazioni spazio temporali dovessero essere individuati in epoca successiva, l'iscrizione andrà in tal senso integrata con una annotazione posteriore.

Il dato solo apparentemente appare neutro ai fini della nostra indagine.

Ci chiediamo infatti, come possa incidere la mancata indicazione del *tempus* e *locus commissi delicti* rispetto alla determinatezza e non inverosimiglianza del fatto rappresentato ed astrattamente riconducibile ad una ipotesi di reato.

Si pensi ad una notizia di reato in materia di reati ambientali, ove non venga indicato il luogo ove si sarebbe verificato lo sversamento di sostanze tossiche nella falda acquifera; o, nei reati tributari, ove non venga indicato il periodo dell'anno fiscale nel quale si sarebbe verificata la condotta omissiva; o ancora, in un caso di colpa medica, ove non venga indicato il momento in cui l'operatore sanitario avrebbe interagito con il paziente, posto che magari era fuori servizio!

Interrogativi che per non essere eccentrici rispetto al tema della ricerca possiamo solo proporre e non provare ad approfondire.

[275] Procura Generale della Corte di Cassazione, op. cit. pag. 6.

3.2. Iscrizione soggettiva: gli indizi a carico

Il comma 1-bis del nuovo art. 335 c.p.p. dispone che *«il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico…»*[276]*.*

> Il codice del 1988 prevedeva che il pubblico ministero ai sensi dell'art. 405 c.p.p. dovesse procedere all'iscrizione soggettiva appena fosse possibile collocare un soggetto all'interno della categoria di "indagato[277]" e da questa data decorreva il termine entro il quale doveva decidere tra esercizio dell'azione o richiesta di archiviazione. Naturalmente l'iscrizione soggettiva della notizia poteva non coincidere con quella oggettiva, essendo possibile che il pubblico ministero, venuto a conoscenza di un "fatto", fosse in grado soltanto di valutarne la riconducibilità ad una determinata fattispecie di reato (iscrizione oggettiva), non anche a chi potesse essere attribuito. Se, trascorsi sei mesi dall'iscrizione della *notitia criminis* non si giungeva a tale risultato, il pubblico ministero doveva chiedere l'archiviazione o la proroga dei termini: poteva allora accadere che il giudice per le indagini preliminari ritenesse che sulla base dagli atti fosse possibile individuare un indiziato, nel qual caso respingeva la richiesta e ordinava al pubblico ministero l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Come più volte anticipato, la relazione della commissione Lattanzi aveva proposto, in relazione alla iscrizione della notizia di reato soggettiva, la necessaria presenza di indizi specifici da intendere come qualcosa di più dei meri sospetti e qualcosa in meno rispetto a sufficienti o gravi indizi. La riforma ha inteso precisare l'ambito giuridico entro il quale procedere con l'iscrizione di una persona nel registro degli indagati, in modo da scongiurare anche in questo caso iscrizioni di garanzia in presenza di meri sospetti e congetture a carico di alcuno.

Benché il p.m. dovrà comunque valutare caso per caso la presenza di tracce indiziarie a carico di qualcuno, in ogni caso con la norma indicata anche in questo caso si è attribuito alla Procura un esplicito potere di vaglio, di scelta, di selezione dei casi in cui riferire un fatto ad un soggetto durante le indagini preliminari. Un maggior potere cui, come già detto con riferimento alla notizia di reato, corrisponde una

[276] Come osserva M. GIALUZ, op. cit. pag. 38. «l'aspetto relativo alla soggettivizzazione della notizia è affidato a un apposito comma 1 bis dell'art. 335 c.p.p. Il problema fondamentale era quello di trovare un bilanciamento tra esigenze di garanzia – che condurrebbero ad anticipare il più possibile l'iscrizione – ed esigenze di certezza – che porterebbero a posticipare il momento dell'iscrizione a quando si è raggiunto un compendio indiziario serio-. Già nella versione antecedente l'espressione usata dal codice nell'art. 335 c. 1 "risulta" evocava la sussistenza di indizi: è un verbo che postula inesorabilmente una certa pregnanza cognitiva. Il delegato si è preoccupato però di non essere troppo esigente, nella consapevolezza che, se si richiedesse un grado troppo elevato di conferma, si finirebbe per assimilare l'iscrizione a una sorta di pre-giudizio di colpevolezza, con il risultato che sarebbe difficile non ricondurre alla mera iscrizione degli effetti pregiudizievoli».

[277] R. APRATI (3), op. cit. p. 109.

maggiore responsabilità, quella di ponderare le iscrizioni prendendosi anche il giusto tempo a ciò necessario[278].

Il legislatore delegato ha così evitato di codificare[279] la giurisprudenza delle Sezioni Unite e la stessa "circolare Pignatone" in ordine alla necessità che l'iscrizione segua alla verifica di "specifici elementi indizianti"[280], preferendosi collegare l'iscrizione soggettiva al momento in cui sussistono indizi a carico della persona, di tal che non sono più sufficienti i meri sospetti – l'ipotesi dovendo essere invece concreta – né sono però ovviamente necessari i gravi indizi[281].

Anche in ordine alla iscrizione soggettiva possono essere d'ausilio i primi orientamenti della procura generale presso la Cassazione[282], in cui si rassegna che secondo le osservazioni dei procuratori generali, le precedenti prassi di iscrizione nominativa anche in tali casi - giustificate da esigenze di garanzia dei diritti della difesa e di utilizzabilità della prova - non troverebbero conforto nelle nuove disposizioni. Ritenuta la sostanziale omogeneità del precedente e del nuovo sistema quanto la natura della notizia di reato, sotto il profilo dell'oggettività e degli indizi che la innescano, la riforma chiuderebbe gli spazi ad applicazioni amplificative del criterio già enucleato dalla giurisprudenza di legittimità.

Nulla di nuovo insomma[283].

---

[278] S. DE FLAMMINEIS, op. cit. pag. 3.

[279] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 6.

[280] Secondo M. GIALUZ, op. cit. pag. 39 - *«non si può pertanto accogliere la lettura fatta propria dal Parere reso dal CSM il 21 settembre 2022, secondo il quale «*l'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito si impone (...), quando gli elementi a carico della stessa abbiano un grado di consistenza tale da attingere la soglia della probabilità di fondatezza dell'accusa*» (p. 17). Questo è lo standard rilevante solo al termine delle indagini per l'esercizio dell'azione penale. Se davvero l'asticella fosse così alta ci ritroveremmo in un sistema nel quale le indagini vengono fatte dal p.m. senza riconoscere alcun diritto all'interessato e il p.m. iscrive solo al termine delle stesse…».* In senso contrario, F. DI VIZIO, op. cit. pag. 14 - secondo il quale la disciplina introdotta dalla Cartabia si pone in continuità con la previgente, imponendo al P.M. di evitare iscrizioni arbitrarie, in assenza di un quadro indiziario soggettivamente indirizzato, "giustificate" con l'alibi dell'atto dovuto per la necessità di dovere compiere attività irripetibili. Ciò in quanto «*il legislatore richiede letteralmente indizi (sostantivo declinato in maniera non casuale, si ritiene, al plurale) a carico delle persone da iscrivere nominativamente, identificando nella ricorrenza degli stessi la premessa imprescindibile per svolgere un approfondimento della responsabilità penale soggettiva secondo un grado che deve attingere almeno al livello della verosimiglianza; carattere, del resto, espressamente richiesto anche sul fronte oggettivo ai fini dell'identificazione delle notizie di reato e che segna la precondizione normativa della meritevolezza di una verifica la cui utilità finale, si vedrà, non è (più) parametrabile sul solo accertamento giudiziale ma deve essere verificato alla luce della probabile condanna*».

[281] Cfr. Cass., sez. V, sent. n. 5209 del 11 dicembre 2020, in Banca dati De Jure, a tenore della quale gli "indizi", suscettibili di valutazione ai sensi dell'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., "*sono elementi di fatto noti dai quali desumere, in via inferenziale, il fatto ignoto da provare sulla base di regole scientifiche ovvero di massime di esperienza*".

[282] Procura Generale della Corte di Cassazione, *op. cit.*, pag. 1

[283] Come osserva F. DI VIZIO, op. cit. pag. 14, a non risultare incontroverso, in particolare, è se il presupposto risulta autenticamente innovativo ovvero meramente confermativo della lettura venuta emergendo per via giurisprudenziale. Circostanza di rilievo tenuto conto dell'assenza in materia di un espresso regime transitorio. L'innovatività del criterio non è affrontata ex professo dalla Relazione illustrativa salvo che nella parte in cui la stessa si limita a segnalare che il significato dell'espressione "indizi a suo carico" andrebbe mutuato, per coerenza sistematica, dall'art. 63 c.p.p.;

L'occasione di fornire le prime indicazioni sul *novum* ha consentito alla magistratura requirente di legittimità di fare un po' di chiarezza in materia di indizi, sui quali – come sopra anticipato – la giurisprudenza e la dottrina avevano dibattuto nel passato, osservando che «*il Legislatore avrebbe dunque scelto di escludere la necessità di uno specifico livello di concretezza indiziaria, anche per evitare di associare all'iscrizione a una sorta di pregiudizio di colpevolezza…».*

In presenza di tali contrapposte opzioni esegetiche appare possibile, e preferibile – così i primi orientamenti - un'interpretazione che non enfatizzi l'utilizzo del termine "indizi" in luogo della locuzione (di conio giurisprudenziale) "specifici elementi indizianti".

> Il documento in esame[284] affronta poi le regole di individuazione del soggetto, precisando che «*l'iscrizione nel registro delle notizie di reato del nome della persona alla quale questo è attribuito presuppone la completa identificazione della stessa.* In definitiva, dunque, *«l'iscrizione nel registro delle persone note presuppone la sussistenza di elementi tali da poter riferire il fatto iscritto ad un soggetto determinato. Tale riferibilità, peraltro, non deve fondarsi su basi meramente ipotetiche o probabilistiche, ma deve trovare un aggancio in elementi di fatto capaci, attraverso il ricorso a massime di esperienza, di condurre ad un giudizio circa l'imputabilità soggettiva del fatto storico ipotizzato. Non è evidentemente richiesto che gli indizi siano gravi, precisi e concordanti, giacché l'iscrizione deve prescindere da una valutazione sulla concreta fondatezza degli addebiti. Laddove ciò non sia possibile, come avviene nel caso in cui, al momento della iscrizione, il fatto possa astrattamente essere attribuito a più soggetti, sia pure nell'ambito di una platea circoscritta (come avviene nel caso dei procedimenti per colpa medica) sembra preferibile iscrivere il procedimento a carico di ignoti».* Fabio DI VIZIO[285] rileva come «*l'esperienza segnala, invece, che sovente l'iscrizione nominativa a mod. 21 si sostanzia, almeno in prima battuta, nell'annotazione del solo nome e cognome dell'indagato. Qui occorre distinguere, con spirito pratico, i casi in cui l'identificabilità è agevolmente conseguibile (sulla base di altri dati utili che accompagnano la notizia di reato) da quelli in cui il nominativo finisce per costituire proprio l'oggetto dell'impegno indagatorio. Nel primo caso, è consigliabile far svolgere solertemente le agevoli verifiche sull'identità ed annotare i dati mancanti, senza lucrare sulla portata costitutiva dell'adempimento e senza rischiare postume retrodatazioni, mantenendo la decorrenza dei termini dalla prima iscrizione. Nel secondo caso, invece, non si può evitare di rilevare l'improprietà del ricorso al mod. 21 e solo l'accertamento delle generalità complete varrà a creare le condizioni di un aggiornamento sostanziale utile a segnare la decorrenza del termine di indagine*».

---

norma che, per vero, riconnette gli indizi alla reità rivelata da dichiarazioni auto indizianti ossia quelle il cui contenuto integra l'esistenza di elementi di accusa nei confronti di chi le rende. In tal modo, il legislatore delegato avrebbe, da un lato, escluso la sufficienza di meri sospetti e, dall'altro, la necessità che sia raggiunto il livello di gravità indiziaria. Secondo il parere del CSM l'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito si impone, invece, quando gli elementi a carico della stessa abbiano un grado di consistenza tale da attingere la soglia della probabilità di fondatezza dell'accusa, lettura che rimarca un contenuto assai più pregnante ed innovativo della valutazione rispetto allo standard che in passato imponeva l'iscrizione.

[284] Procura Generale della Corte di Cassazione, *op. cit.* pag. 11.

[285] F. DI VIZIO, op. cit. pag. 17.

Da ultimo, ma non per ultimo, i primi orientamenti costituiscono l'occasione per fare chiarezza sull'utilizzo dei registri alla luce della riforma Cartabia.

Ciò si afferma in quanto - salvo quanto si rassegnerà infra par. 5 con riferimento al modello 45 - con riferimento all'utilizzo del modello 44 e modello 21 in relazione alle generalità dell'indiziato, l'indicazione della Procura Generale presso la Suprema Corte era che, qualora si disponga del solo nome e cognome dell'indagato ma l'identificabilità sia agevolmente conseguibile (perché non vi è dubbio sulla identità del soggetto, ma si tratta solo di completarne i dati), fosse preferibile far svolgere immediate verifiche per conseguire i dati mancanti, mantenendo la decorrenza dei termini dalla prima iscrizione. Dunque, posto che individuazione e generalizzazione della persona sottoposta ad indagini possono non coincidere, il pubblico ministero sarà tenuto, pertanto, a curare la tempestività degli adempimenti formali prodromici al passaggio del procedimento dal modello 44 al modello 21, una volta individuata con certezza la persona sottoposta ad indagini e, una volta effettuata la acquisizione delle sue generalità, l'iscrizione dovrà essere retrodatata al momento della sua individuazione, dato che è da questo momento che decorreranno i termini di indagine. Diversa è l'ipotesi in cui l'identificazione dell'indagato è esattamente l'oggetto dello sforzo investigativo, situazione nella quale solo l'accertamento delle generalità complete varrà a creare le condizioni di un aggiornamento sostanziale utile alla iscrizione a modello 21 e a segnare la decorrenza del termine di indagine».

Le indicazioni dell'organo di vertice della magistratura inquirente sono state recepite diffusamente dagli uffici di Procura, primo tra i quali si segnala – ad es. – quello di Bologna, che con circolare n. 9116 del 19.10.2022 invitava gli addetti ai lavori a prendere subito cognizione delle modifiche in esame.

4. Riflessioni conclusive

Siamo quindi giunti alla fine di questa breve indagine sulla "densità" del fatto nel momento genetico del *procedimento*, ovvero l'iscrizione di fatti nel registro delle notizie di reato (affronteremo nel capitolo 3 quella afferente il momento genetico del *processo*, cui il fatto può accedere solo se vi sono "ragionevoli previsioni di condanna").

La prima conclusione è che con l'art. 335 c.p.p. introdotto dal D. Lgs. 150/2022 il legislatore ha finalmente tipizzato la notizia di reato, delineandone i confini ma anche il nucleo essenziale, costituito dalla rappresentazione di un fatto, determinato non inverosimile e astrattamente riconducibile ad una fattispecie penale, anche a prescindere da circostanze di luogo e tempo.

La seconda è che *fattispecie* penale e *tipicità* anche in questa prospettiva non sono sovrapponibili.

Secondo Franco CORDERO la fattispecie è un insieme di elementi determinati che la legge prevede per la qualificazione e la quantificazione della rilevanza penale del fatto, è «esemplare» e dal «carattere speculare e visivo»[286], è – per dirla con Mauro RONCO[287] – "disindividualizzazione dei comportamenti storici". La Tipicità è - nella approssimazione che possiamo consentirci in questa sede – invece il giudizio esprimente la previsione legislativa di determinati elementi ed effetti giuridici: l'una è il "rovescio della medaglia" dell'altra, ma non sono la stessa entità. Come ricorda Rocco ALAGNA[288], nel diritto penale la loro relazione è, tuttavia, particolarmente intensa se confrontata con quella presente in altri rami del diritto. Non esiste fattispecie penale che non sia tipica: data una serie di elementi giuridici determinati, essi costituiscono una fattispecie, se, coordinandosi tutti verso l'applicazione necessitata di una sanzione penale a una categoria di ipotesi comportamentali, hanno l'attributo della tipicità, cioè solo se sono espressamente previsti dalla norma penale.

La tipicità è un giudizio che individua "l'identità di fattispecie" di quella serie coordinata di elementi giuridici cui si faceva riferimento. Nel sistema penale questo "oggetto", la fattispecie, scaturisce già insieme con il "giudizio": è il legislatore che con la formulazione ed emanazione delle norme incriminatrici coordina diversi istituti a una determinata sanzione penale tipizzandoli in una fattispecie di reato, in vista della prevenzione e regolamentazione di specifiche serie di accadimenti sociali. Secondo Massimo DONINI[289], l'astratta previsione all'interno di una fattispecie è la condizione essenziale della tipicità e contestualmente si separa il giudizio di rilevanza giuridica, quindi di conformità alla fattispecie, dalla tipicità, in particolare si intende come tipicità il carattere della fattispecie astratta, e come conformità al tipo quello della fattispecie concreta.

Il giudizio di tipicità può avere sostanzialmente due significati: da un lato, si rivolge a una norma di legge penale, rintracciandovi una fattispecie astratta sintetizzata dal legislatore; dall'altro, questo giudizio si rivolge, in fase di applicazione del diritto penale, anche a un fatto storico. L'accadimento storico è tipico nella misura in cui integra le condizioni che la norma astratta prevede per la punibilità, quindi se ricalca le condizioni richieste dalla fattispecie normativa. Esiste un fatto tipico solo se esiste una fattispecie (tipica) cui esso corrisponde, atteso che - come ricorda Giuliano VASSALLI[290] - la norma penale è tipica

[286] F. CORDERO (3), *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967, 169.

[287] M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

[288] cfr. R. ALAGNA, op. cit. pag. 174, secondo il quale «*nel diritto civile, ad esempio, si possono concepire pacificamente fatti specie che non sono tipizzate, si pensi anche solo alla contrattualistica di diritto privato*».

[289] M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1984, 203.

[290] G. VASSALLI, *op. cit.* pag. 536.

se è portatrice di due caratteri: la previsione espressa e tendenzialmente determinata del precetto, e l'obbligatorietà condizionale nell'applicazione della sanzione.

La *tipicità* non può essere perciò confusa con la *fattispecie*, la quale può essere definita come l'insieme delle condizioni la cui soddisfazione è richiesta dalla legge penale per l'applicazione di una particolare misura di pena.

> Come più volte anticipato [291] il termine originario è il tedesco *Tatbestand*, il quale, almeno in Germania, è interamente avvinto alla storia della dogmatica penalistica e intriso di significato filosofico e sistematico, oggetto privilegiato, quindi, della disputa dogmatica tra le varie Scuole del diritto penale. Così, esso è divenuto un termine generico per l'identificazione del quale è necessaria un'aggettivazione. Mentre la letteratura italiana utilizza tendenzialmente il concetto di fattispecie in senso generico, alludendo anzitutto alla descrizione formalizzata dalla norma incriminatrice, nella dottrina tedesca si distinguono le forme sistematiche e le dimensioni funzionali di diversi concetti di *Tatbestand*.

Ai fini in tale sede rilevanti, appare sufficiente osservare come la fattispecie ha non solo uno scopo garantista ma anche conoscitivo ed euristico. La tipizzazione legislativa seleziona tipologie rilevanti di condotta, evita le insufficienze del metodo casistico e allo stesso tempo realizza programmaticamente la frammentarietà dell'illecito penale ottenendo, così, un controllo sociale che avvinto alla legalità formale è tendenzialmente meno asfissiante[292].

Quello che è indubbio[293] è che la tipicità presenta due caratteri: a) la previsione precettiva legale, espressa e determinata; b) l'applicazione, o l'incidenza, necessaria sulla pena come effetto dell'esistenza dei suoi presupposti. Questi due caratteri della tipicità schiudono due particolari gruppi di garanzie per il cittadino: lo garantiscono dall'ingerenza dello Stato nella sua libertà personale, e lo garantiscono sull'efficienza dello Stato contro le lesioni dei beni giuridici di cui egli è titolare.

Diverso è il discorso sulla fattispecie.

Com'è noto, il diritto penale, per vincolo costituzionale, deve esprimere le sue opzioni incriminatrici mediante le fattispecie legislative, facendo uso di locuzioni precise, determinate e tassative, in modo da

[291] Secondo R. ALAGNA, op. cit. pag. 176 - oggi si può dire che la tipicità come espressione della legalità ha portato un processo di umanizzazione del diritto penale, ha permesso lo sviluppo dei legami tra imputabilità e colpevolezza, lo stesso radicamento della concezione normativa della colpevolezza, come rimprovero per un'azione anti doverosa che si doveva non tenere, ha spiegato effetto sulla scusante dell'ignoranza inevitabile della legge. Tutto il volto più umano e progredito del diritto penale parte dalla necessità di una legge incriminatrice scritta e determinata. Che la tipicità non sia carattere necessario del processo d'incriminazione è un dato. Ma che non debba esserlo, è un'altra questione. Che tipicità e legalità non siano sinonimi e che non si implichino a vicenda è un fatto. Che questa possibilità storica e politica sia l'identificazione del migliore assetto per il diritto penale e per la società è opinabile.

[292] R. ALAGNA, op. cit. pag. 180.

[293] R. ALAGNA, op. cit. pag. 183.

risultare comprensibili ai destinatari del precetto. Il *nullum crimen* impone infatti che le fattispecie siano formulate in modo preciso, determinato e tassativo anche nel senso che siano in grado di rivolgersi direttamente ai destinatari del precetto, senza concretizzazione da parte del giudice. L'oggetto dell'interpretazione è quindi *la fattispecie* incriminatrice e la norma incriminatrice il risultato di questa interpretazione.

> Carlo SOTIS ricorda come la fattispecie assume anzitutto una funzione "classificatoria" - essendo chiamata a selezionare i comportamenti penalmente rilevanti in una logica binaria, come imposto dalla riserva di legge – cui si aggiunge la funzione "intensionale" - i fatti debbono essere descritti con la massima precisione possibile, quindi secondo la sintassi dell'*aut-aut*, al fine di consentire l'individuazione del tipo criminoso legale, ovvero «*quel concetto che, dopo la lettura classificatoria che dispone la fattispecie in modo binario (o si sta dentro o si sta fuori la descrizione), ne impone anche una che la riorganizzi in modo gradualista (un « nucleo centrale » che soddisfa al massimo grado gli elementi caratterizzanti del tipo e attorno le ipotesi distribuite a cerchi concentrici, a seconda che corrispondano più o meno alle caratteristiche essenziali del tipo)*» -[294].

Abbiamo più volte osservato nel presente capitolo - citando Rocco ALAGNA[295] - come accanto allo studio del concetto statico ed "elementare" di fattispecie e di tipicità, si apprezzi anche una dimensione dinamica, cioè il processo d'applicazione della norma al fatto concreto. Tale indagine dovrebbe cercare di coglierne gli aspetti metodologici e gli strumenti idonei a tessere relazioni efficaci tra fattispecie astratta e fatto concreto. Si pone, così, la questione metodologica dell'applicazione della fattispecie. Questione che verte, in estrema e banalizzante sintesi, sul "come" si applica la fattispecie alla realtà storica.

Mantenendo l'estremità della sintesi[296] si possono individuare due modelli di applicazione della fattispecie: la *sussunzione* e la *spirale ermeneutica*.

---

[294] Per aiutare a chiarire la doppia lettura della fattispecie, C. SOTIS (2), op. cit., pag. 1380, utilizza un fortunato esempio. «*La frutta ha una definizione di tipo classificatorio, redatta secondo la logica dell'aut-aut («* Frutta: Nome collettivo dei frutti commestibili » che a suo volta rimanda a « Frutto: L'ovario delle angiosperme accresciuto che contiene i semi maturi (derivati dagli ovuli), e le parti del fiore che persistono dopo la fecondazione e racchiudono i semi fino alla loro maturità *» cosi Il Treccani, Roma, 2003). Nella vita di tutti i giorni però ragioniamo con in testa quello che in filosofia del linguaggio è chiamato «effetto di tipicità » che è un test di tipo gradualista. Così, se pensiamo a dei tipi di frutti ci vengono subito a mente i "campioni della categoria": la mela, la pera, la banana ecc. Più difficilmente ci verrà a mente il pomodoro, e, meno che mai, penseremo all'oliva. Questo perchè di pasto in pasto, abbiamo elevato alcune qualità costanti degli esemplari paradigmatici (es. l'immediata edibilità, la dolcezza, la succosità), a tratti caratterizzanti del tipo 'frutta'. Poi, sulla base di queste esperienze, valutiamo se, e in che misura, queste costanti ci siano nelle specie di vegetali che all'occorrenza ci capitano tra le mani. Questo giudizio di corrispondenza ci porterà a dire che 'la mela è più frutta del pomodoro' e che 'l'oliva non è un tipo di frutta', che sono invece affermazioni senza senso dal punto di vista classificatorio. L'oliva quindi è frutta dal punto di vista classificatorio, ma non secondo quello gradualista, poichè non soddisfa « l'effetto di tipicità »..*

[295] R. ALAGNA, op. cit. pag. 188.

[296] R. ALAGNA, op. cit. pag. 188.

Secondo il modello della *sussunzione*, la norma penale si applica attraverso un sillogismo meccanicistico che permette il riferimento del fatto storico alla norma e che indicherà al giudice quali effetti far spiegare sull'autore del fatto. Norma e fatto vivono separatamente e possono essere messi in relazione solo teoreticamente, attraverso l'attività strumentale di un soggetto esterno. Secondo il modello *ermeneutico*, invece, fattispecie astratta e accadimento concreto si muovono contemporaneamente l'una attorno all'altro, tracciando un'immaginaria spirale: essi non esistono e non possono essere conosciuti se non dentro una relazione bidirezionale. La norma s'interpreta solo attraverso il fatto, e il fatto si comprende solo se lo si accosta alla norma, di questo processo l'interprete è il protagonista, egli è dentro l'interpretazione.

Ma allora – e veniamo al nostro tema di ricerca – come rispondiamo alla domanda: alla luce del nuovo art. 335 c.p.p. quando il P.M., posta la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, deve iscrivere? quando il fatto è apparentemente tipico da meritare la iscrizione?

Qual è in altri termini la "resa" del *Tatbestand* in questa fase? È una "resa" intesa come sconfitta o "resa" intesa come utilità?

Pur nella embrionalità della indagine, proviamo a proporre una soluzione ragionata.

Potremmo far riferimento ad una sorta di c.d. *tipicità stratificata* di cui rassegna - con riferimento alla diversa qualificazione del fatto nel processo - Rocco ALAGNA.

L'autore osserva[297] come da un lato è indubitabile che la logica tipologica fornisce la struttura epistemica di tutto il ragionamento quantitativo sul reato, sull'illecito e sulla colpevolezza. L'attenzione ai passaggi graduali, il rifiuto di separazioni rigide dell'essere storico e della realtà, legittima e spiega la ricerca dei gradi della colpevolezza, della fenomenologia scalare dell'illecito, e spinge certo anche a considerare il rintracciamento di una soglia di esiguità del fatto al di sotto della quale venga eliminata ogni rilevanza penale del comportamento come esigenza scientifica e, quasi, ontologica[298]. Infine, non si può negare che l'approccio tipologico al diritto penale, stimoli l'espansione dell'analisi gradualistica del reato anche ad altri ambiti, persino a quelli nei quali a dominare è indubbiamente l'anima classificatoria: concetto di fattispecie e giudizio di tipicità. Dall'altro lato, la graduazione dentro il concetto di reato fornisce una struttura solida e vivificante alle ricerche epistemologiche sul concetto di tipo, indagini che trovano inaspettata verifica proprio nel campo del diritto a maggiore vocazione per la separazione e la classificazione.

[297] R. ALAGNA, op. cit. pag. 246.

[298] Amplius in C. E. PALIERO (2), *Minima non curat praetor, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pag. 633 e ss.

Si potrebbe in altri termini utilizzare anche nella fase della iscrizione della *notitia criminis* una lettura "gradualistica del fatto", individuando una soglia standard di "meritevolezza di iscrizione", al di sotto della quale vi sarebbe spazio solo per una iscrizione a modello 45[299], strumento sul quale mai come in questo momento si appuntano le attenzioni della dottrina e della giurisprudenza, circostanza che vale la pena ribadire, anche al fine di comprendere le possibili conseguenze in chiave inquisitoria[300] di una sua eccessiva valorizzazione (il rischio che si corre è quello di istituzionalizzare le pre-inchieste).

Nelle linee guida tracciate dalla Procura Generale presso la Suprema Corte, si osserva che[301], per quanto riguarda la definizione dei procedimenti iscritti a modello 45, laddove le prime indagini non avranno consentito l'iscrizione della notizia di reato, permane indiscusso il potere-dovere del P.M. di trasmettere direttamente in archivio le annotazioni non contenenti notizie di reato, e dunque la non attivabilità della procedura prevista dagli art. 408 e ss.[302]. Ove, tuttavia, il procedimento non sia archiviato direttamente dal P.M., ma venga trasmesso al GIP per l'archiviazione (eventualità che, per esigenze di trasparenza, potrebbe ancora accadere, allorquando l'esposto riguardi ad esempio condotte connesse ad un procedimento giudiziario o amministrativo) [303], sembra conservare attualità – così la Procura Generale - l'orientamento del giudice di legittimità per cui il GIP non può considerarsi esonerato dal dovere di controllare la legittimità dell'inazione[304].

---

[299] I numeri delle iscrizioni a modello 45 sono altissimi, e sono costanti negli anni. C. VALENTINI (1), *Riforme, statistiche e altri demoni*, in Arch. Pen. n. 3/2021, pag. 6, rileva come sommando le sopravvenienze nel registro noti e quelle iscritte a mod. 45, si ottiene un totale complessivo di oltre un milione e mezzo di *notizie criminis*, un quinto dello quali esita immediatamente in quella forma di subprocedimento di potenziale archiviazione senza controllo che è configurata dall'invio a registro mod. 45.

[300] C. VALENTINI (1), op. cit. pag. 11, avverte come «i numeri degli atti d'invio a mod. 45 testimoniano che la cifra reale della discrezionalità incontrollata dell'ufficio del p.m. è molto più ampia di quanto comunemente si sospetti. Parliamo – ricordiamolo – di un mare magnum di apparenti "non notizie" per le quali non vigono termini di giacenza; che talvolta giustificano indagini avviate nonostante l'iscrizione a mod. 45 e dunque del tutto incontrollabili ad opera dei coinvolti, indagati e persone offese, secondo una logica extra legem che consente – come è stato efficacemente detto – vere e proprie "istruttorie occulte" elidendo poi senza ostacoli la disciplina dei termini predisposta dal legislatore; notizie di fatti sulla cui effettiva consistenza delittuosa non viene esercitata verifica alcuna da parte di un giudice; notizie su fatti connessi con altri, per i quali invece è stata esercitata l'azione penale nei confronti di ulteriori persone, sulla scorta di criteri selettivi misteriosi quanto incontrollabili; un mare oscuro, appunto, dove l'unico a fungere da nocchiero è il pubblico ministero. Il trionfo – ci si consenta – della mancanza di trasparenza nell'agire pubblico».

[301] Procura Generale della Corte di Cassazione, *op. cit.*, pag. 13.

[302] (Cass., Sez. un., n. 34/2001, Pm ni proc. .c ignoti)

[303] (Cass. SS. UU, n. 34/2001; nello stesso senso, Sez. 1, n. 14434/2001, Sez. II,n. 29040/2003, Sez. II, n. 18388/2006, Sez. 1, n. 42884/2009)

[304] A sua volta il Gip deciderà immediatamente l'archiviazione, ove condivida la modalità di registrazione oppure, in caso contrario, assumerà una delle possibili decisioni che gli competono, ma in tal caso previa emanazione, ed attuazione da parte del p.m., dell'ordine di iscrizione, come ora espressamente previsto. Peculiarità specifica concerne la definizione delle pseudo-notizie quando l'esponente, impropriamente, chieda, ai sensi dell'art. 408 comma c.p.p., di essere avvisato della definizione. La posizione emergente dalle note trasmesse in passato dai Procuratori Generali – secondo cui in caso di auto-archiviazione nessun avviso sia dovuto all'esponente (in quanto le disposizioni di cui all'art. 408 c.p.p. si applicano esclusivamente alle notizie di reato) - non sembra incisa dalle nuove disposizioni normative. Diverso è il caso in cui la pseudo persona offesa chieda la trasmissione degli atti al Gip per l'archiviazione: la Corte di Cassazione (Sez. IlI, n. 55511/2018, Sez. Il, n. 29010/2020) ha in passato

La dottrina assume posizioni in parte favorevoli all'utilizzo del modello 45, in ordine al quale tuttavia Cristiana VALENTINI[305], all'esito di una indagine statistica, rileva come sia ignoto quante delle oltre 300 mila denunce, querele, informative di p.g., comunicazioni di notizie di reato vengano recuperate al registro ordinario modello 21 e quante invece restino a tempo indefinito nel limbo del modello 45 per poi essere autoarchiviate dalle Procure.

> Contestando l'abrogazione dell'abuso d'ufficio e proponendo una soluzione alla forbice osservata tra procedimenti iscritti e sentenze di condanna ai sensi dell'art. 323 c.p. (*supra* capitolo 1), Marco GAMBARDELLA[306] propone di qualificare le denunce per abuso d'ufficio promananti da privati cittadini come "atti non costituenti reato", come tali iscritte a modello 45. Così potrebbero essere su base discrezionale oggetto di una verifica preliminare – la c.d. pre inchiesta di cui parla diffusamente Renzo ORLANDI[307] – finalizzata a ricercare una notizia di reato vera e propria. Solo nel caso in cui vengano individuati tutti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie prevista dall'art. 323 c.p. si potrà iscrivere nel registro degli atti costituenti reato, anche se in tal caso la notizia di reato non sarebbe più la denuncia del cittadino, ma una *notitia criminis* presa d'iniziativa. A ciò si aggiunga – osserva Marco GAMBARDELLA – che il nuovo art. 335 c.p.p. come è noto richiede per l'iscrizione soggettiva la presenza di indizi, e che il nuovo art. 335 bis c.p.p. specifica che la mera iscrizione nel registro degli indagati non può determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa. Intraprese le indagini preliminari, la verifica della consistenza probatoria dovrà naturalmente abbracciare tutti gli elementi della fattispecie, compreso il dolo intenzionale, ma impone anche – come vedremo nel capitolo 3 – di raggiungere la soglia delle ragionevoli previsioni di condanna, per non cadere nella richiesta di archiviazione, o di proscioglimento davanti al GUP o al giudice dell'udienza predibattimentale. Secondo Marco GAMBARDELLA la piena implementazione delle modifiche introdotte dalla Cartabia nel momento genetico del procedimento e del processo consentirà di diminuire il numero delle iscrizioni delle notizie per abuso d'ufficio, riducendo gli effetti patologici che non possono affatto essere ascritti alla mancanza di determinatezza della fattispecie.

---

ripetutamente affermato l'abnormità del provvedimento con cui il pubblico ministero, in caso di denuncia iscritta nel registro degli atti non costituenti notizie di reato (mod. 45), a cui sia tuttavia seguito il compimento di indagini preliminari, disattenda la tempestiva istanza dell'interessato di inviare gli atti al vaglio del giudice per le indagini preliminari e disponga la diretta trasmissione del fascicolo in archivio, determinando tale rifiuto un'insuperabile stasi processuale. Trasmessi gli atti al Gip, si pone anche in tale frangente il tema dei nuovi poteri di controllo sulla iscrizione esercitabili dal giudice, sino ad oggi impediti dalla assenza di una formale iscrizione. In tale ipotesi, il Gip, se non concorda con la richiesta di archiviazione avanzata dal Pm, potrà esercitare i poteri di cui all'art. 335-ter c.p.p. Non sembra, invece, che, nella fattispecie in esame, possa essere riconosciuto al Gip anche il potere di ordinare la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato, in quanto l'accertamento della tempestività della stessa presuppone una richiesta della persona sottoposta alle indagini (art. 335-quater, comma 1, c.p.p.),mentre, ai sensi dell'art. 335-ter, comma 2, c.p.p., nel caso in cui il Gip ordina l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini, è comunque il Pm ad indicare la data a partire dalla quale decorrono i termini di durata delle indagini…».

[305] C. VALENTINI (1), op. cit. pag. 8

[306] M. GAMBARDELLA, op. cit. pag. 3.

[307] R. ORLANDI (1), op. cit. 568.

La combinazione tra soluzioni processuali come il registro a modello 45 e criteri di lettura gradualistica del reato già in sede di iscrizione della notizia potrebbero quindi costituire un primo rimedio per provare a ridurre i fenomeni di eccessiva forbice tra iscrizioni e condanne osservate per alcune fattispecie poste a base della presente indagine.

> Ciò in quanto [308] - «l*a rivalutazione dell'anima scalare del reato, partita dalla dottrina tedesca, svolge una funzione decisiva non solo sulla quantità in sé del reato, ma anche sul fondamento d'impostazioni che coinvolgono il tema stesso dell'an della punibilità*[309]*. Essa è apprezzabile già dal punto di vista della responsabilità, prospettiva rispetto alla quale si ritiene che la quantità incida sulla tipicità del fatto potendone determinare l'eliminazione attraverso una progressiva degradazione verso l'illecito extrapenale. Qui si ricerca e si pondera il "peso" del reato*[310]*. Nella ricerca dei parametri di graduazione degli elementi della fattispecie emerge la "quantità" del reato. Il reato è indubbiamente qualità. È un fatto aggressivo e lesivo di un bene giuridico conforme a una fattispecie legale. Ma un reato è anche quantità, un reato ha quantità. Si tratta di due aspetti di una stessa realtà. Non esiste qualità senza quantità, non è concepibile un'offesa giuridica senza una qualche consistenza che la materializzi, che manifestandola la renda percepibile».*

Si potrebbe in altri termini provare a recuperare la funzione del Tatbestand valorizzando le novità in materia di iscrizioni, ipotizzando che il P.M., alla luce del *novum*, deve iscrivere nel registro degli indagati allorquando ci sia un fatto determinato, non inverosimile, riconducibile ad una fattispecie di reato sì astrattamente, ma già con una certa densità del fatto, "scalare" rispetto alle fasi del procedimento.

> Tale soluzione sembra trovare praticabilità muovendo dalle teorie gradualistiche del reato, in relazione alle quali ancora Rocco ALAGNA[311] osserva come «*dalla panoramica sulle teorie gradualistiche del reato è emerso che la vocazione alla concretezza espressa dalla fattispecie penale è rafforzata dalla capacità ch'essa rivela di adattarsi al fatto storico tramite la graduazione dei suoi elementi d'illiceità e di colpevolezza, sia in sé, che intesi come fattori del procedimento di commisurazione della pena. Il pensiero penale non è, in sostanza, pensiero di mera classificazione. La peculiare modulazione graduale fornisce la struttura materiale e teorica per il confronto tra la norma astratta e il fatto concreto. Gli elementi della fattispecie incriminatrice, le circostanze proprie e quelle improprie, sono i diversi itinerari di questo rapporto. Si deve vedere se questa capacità di modulazione degli elementi del reato ha riscontro in una particolare strutturale logica della fattispecie».*

[308] R. ALAGNA, op. cit. pag. 247.

[309] C. E. PALIERO, op. cit. pag. 247.

[310] Così A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, pag. 2.

[311] R. ALAGNA, op. cit. pag. 287.

Si tratta di applicare parte delle conclusioni di Rocco ALAGNA[312], alla fase che abbiamo definito nelle premesse "momento genetico del procedimento" se è vero che «*il metodo ermeneutico, la spirale ermeneutica, la concretizzazione della norma penale attraverso la sua relazione con il fatto non sono altro che momenti della dimensione dinamica della tipicità penale. La fattispecie penale intesa come tipo non si limita a qualificare separando, ma preserva anche le peculiarità del fatto storico tramite la declinazione della natura graduale insita nella colpevolezza, nell'illiceità e nel grado di gravità del comportamento. Questo è il legame tra tipizzazione ed ermeneutica, questo è il motivo per cui giuristi come Engisch, Arthur Kaufmann e Hassemer si confrontano con il concetto di tipo nel diritto penale: incontro tra fatto e norma, tra essere e dover essere. Incontro che non è guidato dalla libera interpretazione del giudice ma dai canoni di legalità e di esercizio della discrezionalità scolpiti nel codice penale».*

Tale soluzione potrebbe fungere poi da leva per una spinta culturale nei confronti della magistratura inquirente, chiamata davvero ad un cambio di passo a seguito della riforma Cartabia, come emergerà nel prosieguo della indagine (infra capitolo III sezione III).

Quindi, alla domanda: "quanto fatto" serve per iscrivere? La risposta è – utilizzando una sorta di tipicità stratificata - quel fatto che è determinato, non inverosimile, astrattamente riconducibile ad una fattispecie di reato, corroborato in sede di iscrizione da indizi, che non possono essere meri sospetti né devono essere indizi gravi; al di sotto di tale soglia si potrà iscrivere a modello 45 e svolgere investigazioni, che tuttavia appaiono più compatibili con un rito inquisitorio che con il codice rilasciato nel 1988.

Ma è ancora quel rito quello attualmente vigente? Il capitolo 3 consentirà di rispondere agevolmente alla domanda.

[312] R. ALAGNA, op. cit. pag. 345.

CAPITOLO III

LE «RAGIONEVOLI PREVISIONI DI CONDANNA»

QUALE FILTRO NELLA GENESI DEL PROCESSO

1. Premessa.

Nel capitolo precedente – avente ad oggetto il "peso" del fatto tipico nella nuova notizia di reato - abbiamo anticipato perché ai nostri fini rileva disaminare anche le modifiche introdotte dalla riforma Cartabia in relazione alle regole di giudizio che presiedono alla richiesta di archiviazione (art. 408 c.p.p.), alla udienza preliminare (art. 425 c.p.p.), ed alla inedita udienza predibattimentale[313] (art. 554 *ter* c.p.p.).
Avevamo in particolare premesso che l'indagine sulla "densità" del fatto all'interno del processo rilasciato dal D. Lgs. 150/2022 richiede due distinte scansioni: la *prima*, afferente il momento in cui nasce il *procedimento*, ovvero l'iscrizione di fatti nel registro delle notizie di reato e la selezione dei fatti rilevanti perché il P.M. (e quindi la polizia giudiziaria e le difese) possano investigarvi; la *seconda*, afferente il momento genetico del *processo*, cui il fatto può accedere solo se vi sono "ragionevoli previsioni di condanna".
Da qui l'amplificazione dei dubbi circa la inidoneità del *Tatbestand* a fungere (ancora) da filtro, partendo dalla oggettiva criticità di alcune fattispecie che, nonostante l'alta selettività perseguita dal legislatore attraverso modifiche "ultra tipizzanti", vengono massivamente iscritte dai pubblici ministeri nel registro degli indagati, con immaginabili costi a carico della macchina della giustizia e degli interessati, per poi esitare in un trascurabile numero di condanne da parte dei Giudici (ad esempio: responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, abuso d'ufficio ante D.D.L. Nordio[314], maltrattamenti in famiglia).

[313] Cfr. M. DANIELE (1), *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in Sistema Penale, 16.1.2023, pagg. 1-14.

[314] Come riporta G.L. GATTA (2) - *Da "spazza-corrotti" a "basta paura": il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo "salvo intese" (e la riserva di legge?*), in Sistema Penale, 17.7.2020 par. 4.3 - negli anni 2016 e 2017 si sono registrate circa 7000 iscrizioni delle notizie di reato per abuso d'ufficio, a fronte di un centinaio di sentenze di condanna irrevocabili.

Ciò in quanto - come osservava Carlo SOTIS nelle immediatezze della riforma[315] - «*...il contributo che il diritto penale può dare al canone di efficienza è..di affinare gli strumenti di selezione offerti. Al contempo il contributo che il canone di efficienza deve dare alla dottrina penalistica è di estendere una riflessione che tradizionalmente e per nobili ragioni pone molta attenzione alle garanzie dirette a evitare una condanna ingiusta, molta meno ai rischi di apertura di un procedimento penale ingiusto. Imponendoci di vedere il sistema della giustizia penale nel suo complesso, l'efficienza rende infatti ancora più urgente il contributo che anche la dottrina penalistica e il diritto penale sostanziale possono dare ai processi di selezione del procedimento penale. La vicenda dell'abuso di ufficio in questo è paradigmatica: il delitto, nella formulazione del 1997 era sufficientemente tipico in punto di capacità selettiva delle condanne, ma ha mostrato una radicale incapacità a selezionare i procedimenti penali per abuso di ufficio. Insomma: abbiamo delle fattispecie in grado di selezionare le condanne, molto meno l'esercizio dell'azione penale e pochissimo i procedimenti penali. Il tema è centrale nelle riforme della giustizia attualmente in cantiere, lasciandosi qui intendere che molta strada occorre ancora fare per affinare gli strumenti, a partire dalla tipicità penale, adoperabili in funzione di filtraggio "a monte" di quella che chiamerei "meritevolezza di procedimento*"».

Dal complessivo ordito del D. Lgs. 150/2022 pare infatti stagliarsi un nuovo principio: la "*meritevolezza di procedimento*" (cfr. capitolo 1) nel senso che, in conformità alla complessiva *ratio* della riforma Cartabia - forse più per esigenze di efficienza che per sentito garantismo - la gogna del procedimento e del processo (dovrebbe) spetta(re) solo ad alcuni fatti, il cui disvalore merita di ricevere una (più) rapida e ferma sanzione dello Stato.

In questo capitolo ci occuperemo delle modifiche introdotte nello snodo procedimentale richiesta di archiviazione/udienza preliminare/udienza predibattimentale.

Prima però è bene comprendere perché il perseguimento dell'efficienza passa anche attraverso le modifiche in esame.

Intanto è bene ricordare che la riforma Cartabia in senso lato rispondeva anche ad esigenze meta giuridiche: la condizione imposta dalla Commissione europea per la concessione dei fondi Next Generation EU, e dunque l'obiettivo posto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ovvero la riduzione in 5 anni del 25% della durata dei giudizi penali. Ed è altrettanto utile ricordare[316] che la verifica preliminare dell'accusa rappresenta uno degli snodi fondamentali all'interno del processo penale, essendo impossibile - in un sistema (ancora) governato dall'obbligatorietà dell'azione - destinare incondizionatamente tutte le notizie di reato al vaglio del dibattimento.

[315] C. SOTIS (3), *Efficienza*, in (a cura di) C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022, pag. 1467.

[316] G. CORETTI, op. cit. pag. 16 e ss.

L'Europa ci chiedeva, quindi, per poter beneficiare di ingenti finanziamenti, di eliminare i "rami secchi" del nostro Sistema giustizia, attività che processualmente era garantita dalle regole che GIP e GUP maneggiano per filtrare le notizie di reato non meritevoli del giudizio, e che – come si vedrà – con la riforma Cartabia hanno mutato presupposto e finalità[317].

Ciò posto, l'esigenza del riformatore era di garantire uno *speedy trial* che fosse al contempo effettivamente fondato sulle tre "e": *efficienza*, *effettività* ed *efficacia*[318], perseguendo essenzialmente due obiettivi.

Da un lato, la riduzione dei tempi del procedimento penale, essendo previsto un "abbattimento temporale" del 25% entro il 2026, obiettivo che implicava la necessità di intervenire sugli istituti e sulle dinamiche procedimentali, sino a ridefinirne, giocoforza, l'assetto; e quindi, a ben vedere, fino a condizionare la qualità dell'accertamento processuale nella parte o nelle parti in cui lo si rimodella[319].

> Come vedremo, *efficienza*[320] e *ragionevolezza* possono confliggere tra loro: un processo sommario, impostato sulla raccolta di testimonianze *inaudita altera parte*, sicuramente è *efficiente*, perché giunge rapidamente ad un epilogo,

[317] Come osserva M. CECCHI - *Osservazioni intorno alla «ragionevole previsione di condanna»*, in Arch. Pen. n. 2/2022, pag. 31 - bisogna anzitutto essere scientificamente consapevoli che scegliere il rito accusatorio significa, per farlo funzionare equamente ed efficientemente, mandare a processo solamente una bassissima percentuale di casi (intorno al 5-10%, massimo 20%); e accettare che, all'inverso, il rischio di condanna sia altissimo (ben superiore al 90%) per chi giunge in dibattimento, dove si celebra il giudizio nel contraddittorio pieno tra le parti.

[318] G. TUZET - *Effettività, efficacia, efficienza*, in Mat. stor. cult. giur., 2016, 207 ss. - occupandosi di effettività, efficacia ed efficienza di norme giuridiche (intese come contenuti di testi normativi ricavabili da questi in via interpretativa o argomentativa), in una prospettiva filosofica [e] trascurando certi dettagli che non potrà obliterare chi se ne occupi in una prospettiva diversa (ad esempio, di diritto positivo), aveva osservato che, nei rapporti tra effettività, efficacia ed efficienza, una "e" non ne implica un'altra (salva un'eccezione). Ed infatti, le tre "e" sono concettualmente indipendenti (sempre con un'eccezione). E dunque è scorretto dedurne l'una dall'altra, o dedurre la negazione dell'una dalla negazione dell'altra: la loro determinazione in concreto non può essere a priori. Con l'eccezione dell'*efficacia*, che è deducibile per ragioni concettuali dall'*efficienza*, data la comune dimensione teleologica di efficacia ed efficienza (con la seconda come specificazione della prima): queste, infatti, si definiscono in relazione agli scopi di un agente, a differenza dell'*effettività*, la cui definizione non comporta un riferimento a scopi.

[319] Secondo O. MAZZA (1) - *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in Arch. Pen. n. 2/2022 - ci troviamo di fronte a una vera e propria "legge di scopo" che, come recita la rubrica della delega, si pone l'obiettivo di assicurare «*l'efficienza del processo penale*» e «*la celere definizione dei procedimenti giudiziari*». È una situazione del tutto inedita in cui scompare il tradizionale approccio assiologico, tipico di una materia altamente politica come la procedura penale che, di fatto, riporta ai modelli valoriali del processo accusatorio-garantista o di quello inquisitorio-repressivo, per lasciare spazio alla tensione verso il raggiungimento di un obiettivo di riduzione dei tempi processuali a prescindere dai mezzi impiegati, un fine superiore che giustifica i mezzi. L'efficienza viene così elevata a valore in sé, tale da soppiantare le tradizionali matrici culturali dei sistemi processuali.

[320] A proposito dell'efficienza M. GIALUZ -J. DELLA TORRE – *op. cit.* pag. 5 - sottolineano la circostanza per cui l'idea di "efficienza" [è] legata a doppio filo agli obbiettivi di un sistema, richiamando la capacità di raggiungere i medesimi nel modo più funzionale possibile, «dato un certo livello di risorse». L. SCOMPARIN - *Un ambizioso decreto-legge di fine legislatura alla ricerca di una giustizia penale "efficace" ed "efficiente*", in Leg. pen., 2001, 306 - impone di utilizzarla con cautela nell'ambito della giustizia penale, per la semplice ragione che il dibattito sugli scopi del processo penale risale nel tempo ed è ancora in corso: anzi, forse non è destinato a concludersi. Ebbene – aggiunge M. CECCHI, op. cit. pag. 1 - il richiamo

ma non è anche *ragionevole*, perché viola i diritti elementari della difesa ed il principio di legalità. Viceversa, la ragionevolezza può rallentare l'efficienza: si pensi alle regole in materia di conoscenza e conoscibilità degli atti introduttivi del processo penale. Cosa accadrebbe se il sistema imponesse il perfezionamento della notifica degli atti solo con la consegna a mani del destinatario dell'atto processuale, e non anche la conoscibilità dettata dalle classiche presunzioni di conoscenza, quali la consegna dell'avviso di deposito mediante raccomandata con ricevuta di ritorno all'indirizzo di residenza? Sicuramente sarebbe "ragionevolmente" assicurata la conoscenza degli atti da parte dell'interessato, ma il costo pagato in termini di efficienza processuale sarebbe davvero troppo alto[321]. La vera difficoltà[322] a trovare una quadra consiste nel fatto che il sistema penale deve risultare "efficiente" nel perseguire un novero di fini tra loro dissimili e persino confliggenti, ricercando il miglior equilibrio possibile tra i medesimi, come nel caso di specie, essendo le modifiche in esame in bilico tra *efficienza* e *ragionevolezza*, concetti che spesso porremo in diade.

Dall'altro lato, l'obbiettivo della riforma era quello di portare avanti – cioè, di far arrivare in giudizio, dove si celebra il c.d. contraddittorio forte e la prova si forma davanti a giudice terzo e imparziale – solo i fascicoli effettivamente meritevoli del vaglio dibattimentale, alla luce dei dati statistici che rassegneremo al paragrafo 2 sezione I.

Constatare che la nuova regola di giudizio è figlia di un compromesso "a fin di bene" non ci sottrae, però, dal manifestare sin da ora serie preoccupazioni. L'ansia di abbassare il carico dibattimentale non può far sottovalutare i possibili effetti pregiudizievoli, non solo a livello simbolico, connessi ad un giudizio anticipato di colpevolezza di fatto cristallizzato all'interno del provvedimento di *translatio iudicii*[323].

Prima di effettuare una esegesi della formula "ragionevoli previsioni di condanna" (par. 1-3 sezione II) – anche in chiave di comparazione rispetto alla regola B.A.R.D. (par. 5 sezione I) - appare necessario rappresentare le criticità degli istituti in esame (par. 1 sezione I) e le ragioni del riformatore (par. 2 sezione I), quindi rassegnare l'iter parlamentare (par. 3 sezione I) che è epilogato nella formula vigente (par. 4

alla prudenza nell'impiego della categoria dell'efficienza in campo processual penalistico nasce proprio da qui. Posto che si tratta di un concetto di relazione, è inevitabile che possa essere declinato in tanti sensi quanti siano gli obbiettivi principali che il rito venga chiamato a perseguire.

[321] È esattamente per tale motivo che – osserva O. MAZZA (2), *Tradimenti di un codice: la procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 61 - laddove si voglia impiegarlo come predicato del processo, risulta importante indicare con chiarezza l'obbiettivo perseguito di cui si vuole massimizzare la *performance*, operazione non priva di conseguenze di rilievo primario. A seconda di quale dei fini del processo si individui come prioritario in un dato momento storico, il modello normativo e ordinamentale di riferimento muta in modo significativo. Se l'efficienza della giustizia penale è un concetto di relazione legato agli obbiettivi istituzionali della stessa, che sono necessariamente plurali, essa non può mai essere concepita a senso unico. L'*efficienza* va perseguita in modo strumentale, non solo alle esigenze di contrasto alla criminalità, necessariamente sottese alla giustizia penale, ma anche agli altri scopi che la Costituzione integrata le assegna: da quello epistemico – evidentemente connesso al primo – a quello del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

[322] A. DE CARO (2), *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in Dir. pen. proc., 2021, 525.

[323] P. FERRUA (1), *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *disCrimen*, 12 luglio 2021.

sezione I) e individuare cosa si intenda in tale sede per *ragionevolezza* (par. 5.1. sezione I), per provare poi ad offrire un criterio minimale che possa orientarci su quando e perché una condanna possa essere considerata dal P.M., dal GUP e dal Giudice (ir)ragionevolmente prevedibile (par. 2 sezione III), non senza aver verificato se le ragionevoli previsioni di condanna poste a base della richiesta di archiviazione (par. 1 sezione III) siano le stesse richieste in sede di udienza preliminare (par. 2 sezione III) e nell'udienza predibattimentale (par. 3 sezione III).

Il dilemma si complica – lo anticipiamo – proprio alla luce della diade tra *efficienza* - intesa, per dirla con Giovanni TUZET[324], come soddisfacente raggiungimento di un obiettivo impiegando le risorse minime necessarie o anche il raggiungimento ad un grado maggiore dell'obiettivo impiegando pari risorse - e *ragionevolezza* - che Giorgio PINO[325] identifica come uno stile di ragionamento "inclusivo", flessibile, compromissorio, "mite", particolaristico, che tende a prendere in considerazione tutte le circostanze in cui una certa decisione deve essere adottata-.

In altri termini, l'indagine di cui al presente capitolo ambisce a individuare una teoria *efficace*[326] (par. 2 sezione III), un criterio ermeneutico che possa fungere da ponte: tra le esigenze di *efficienza* poste a base dell'introduzione della formula "ragionevoli previsioni di condanna" in sede di richiesta di archiviazione, di udienza preliminare e di udienza predibattimentale predicate dal P.N.R.R.; e la *ragionevolezza*, tesa a calmierare gli effetti della tendenza ad eliminare "il troppo e il vano" dal sistema giustizia in funzione dell'efficientismo, contemperando entrambe le istanze con l'esercizio obbligatorio dell'azione penale ancora vigente.

Il problema non è di poco momento, essendo difficile immaginare[327] che il legislatore possa individuare a priori, sotto il profilo quantitativo o qualitativo, gli elementi necessari ai fini del passaggio della fattispecie concreta al dibattimento, al punto da doversi rimettere alla prudenza e alla capacità di valutazione del singolo giudice, con la coscienza che qualsiasi calcolo in astratto del valore del materiale presentato[328] condurrebbe ad un sistema di prova legale in contrasto con gli assunti dell'epistemologia

[324] G. TUZET, op. cit. 2016, p. 219.

[325] G. PINO, *La ragionevolezza nel diritto, Teoria analitica del* diritto I. La norma giuridica, Ets, Pisa, 2016, cap. 2.

[326] Come osserva C. SOTIS (3) - op. cit. pag. 1469-1470 - non poche volte le teorie trovano il loro fattore di giustificazione nella loro fruibilità e applicazione generalizzata (efficienza), e tendono ad offrirsi come risolutive di casi a cui si applica il concetto che le fonda, anche se questo dovesse portare a sottovalutare la presa in considerazione di altri elementi differenziali. Tendono a fare questo perché la loro applicazione generalizzata rende gli schemi decisori più semplici e servibili (ossia efficienti), secondo un argomento di validità che prende il sopravvento sugli argomenti fondati sulla valutazione degli elementi di diversità che uno specifico caso può invece presentare (coerenza agli scopi e quindi efficacia).

[327] In tal senso E. N. LA ROCCA, op. cit., pag. 27.

[328] È interessante rilevare come G. FALCONE-G. TURONE - *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, Consiglio Superiore della Magistratura, Suppl. n. 2 al n. 3, maggio/giugno 1982, pag. 89 - in tempi non sospetti affermavano, con riferimento alla prova del delitto di associazione di stampo mafioso, che il modello impostato al tipo d'autore doveva essere superato per seguire la

contemporanea. Proveremo perciò a trovare un criterio idoneo ad orientarci tra *ragionevoli*, (quindi non) *improbabili* e *impossibili* previsioni di condanna, non senza l'ausilio delle elaborazioni dommatiche rese in materia di predizione e causalità probabilistica[329] (par. 1 sezione III), (solo) apparentemente lontane dal tema in esame, senza trascurare che se la giustizia è un servizio, i servizi costano e non si può quindi pensare di riformare la giustizia, accelerare i tempi, aumentare l'efficienza e adottare opzioni penali, senza prevedere risorse[330]. L'idea che affiora già nelle premesse è che – così come visto nel capitolo 2 a proposito della nuova notizia di reato – a seguito della riforma Cartabia ancora una volta sarà il peso specifico del fatto tipico ad incidere sul piatto della bilancia tra inazione ed esercizio dell'azione, tra proscioglimento e rinvio a giudizio (e citazione diretta a giudizio), oltre al buon senso del magistrato funzionalmente competente (P.M. in sede di richiesta di archiviazione; GUP in sede di udienza preliminare; Giudice nell'udienza predibattimentale), che potrebbe essere "stimolato" (par. 3 sez. III) ad essere *ragionevole* mediante una forma di controllo effettivo sulla tenuta nel procedimento dei provvedimenti di esercizio dell'azione penale (P.M.) e rinvio a giudizio (GIP, GUP e Giudice), e quindi sulla *efficienza*, facendone derivare conseguenze in termini di valutazione professionale del magistrato. Per agevolare la disamina dei molteplici istituti richiamati l'indagine consterà di tre sezioni: nella prima saranno affrontate le ragioni strutturali della inefficacia dell'udienza preliminare e quindi le origini della riforma (par. 1 e 2), l'iter posto a base della versione licenziata dal legislatore (par. 3) e la versione della formula rilasciata dal D. Lgs. 150/2022 (par. 4); nella seconda gli elementi strutturali della formula *ragionevoli previsioni di condanna* (par. 1), quindi una lettura diversificata della formula nelle varie fasi oggetto di modifica (par. 2-4); la terza sezione è dedicata alle possibili soluzioni del dilemma ed alle conclusioni (par. 2-3).

strada, aderente al principio di legalità, che passa attraverso l'accertamento di specifici fatti delittuosi, e la costruzione di mosaici probatori che da quelli prendono l'avvio.

[329] Come ricorda R. BLAIOTTA – *Predizione*, in C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich,, Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Giuffrè, 2022, pag. 1- il giudice penale è istituzionalmente chiamato ad esprimere impegnativi giudizi che sovente conducono infine ad esprimere previsioni. Si tratta di giudizi e predizioni che costituiscono espressione della discrezionalità tecnica che il sistema attribuisce al giudice, e che è in varia misura e con diverse modalità, vincolata da regole di giudizio nonché da criteri guida ed indicatori. Le regole, l'analisi accurata degli elementi di fatto disponibili, l'equilibrio nella loro ponderazione, sono le condizioni che favoriscono l'espressione di una previsione che ambisce ad essere condivisa e confermata a posteriori in un preponderante numero di casi. Il rischio dell'errore può essere ridotto, ma non può essere eliminato: esso è implicitamente riconosciuto ed accettato dal sistema.

[330] C. SOTIS (3), *op. cit.*, pag. 1463.

SEZIONE I

LE ORIGINI DELLA NUOVA FORMULA

1.3. Le ragioni "strutturali" della inefficacia dell'udienza preliminare (e della richiesta di archiviazione).

L'udienza preliminare rilasciata dal codice del 1988 si caratterizzava per una duplice "vocazione", essendo finalizzata: in chiave di garanzia, a consentire la piena interlocuzione della difesa sui contenuti della richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero; in chiave deflattiva, ad evitare la celebrazione del giudizio dibattimentale quando essa è ritenuta inutile[331] nell'ottica dell'accusa oppure viene superata dalla scelta dell'imputato in favore di una delle forme di definizione anticipata del procedimento (riti alternativi).

Erano in tal senso univoci gli orientamenti espressi dal codificatore, che aveva assegnato all'udienza preliminare il ruolo di «filtro della richiesta di dibattimento avanzata dal pubblico ministero», mettendone in luce la «funzione di decongestione del sistema»[332]. L'udienza preliminare rappresentava infatti un'autentica novità rispetto al codice Rocco, dovendo rappresentare il passaggio del procedimento penale alla fase propriamente processuale, attraverso l'esercizio dell'azione penale ai sensi e per gli

[331] M. CECCHI, *op. cit.* pag. 10 ss.

[332] Cfr. *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in GU, Serie Generale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93, 101.

effetti dell'art. 416 c.p.p. e, quindi, con la formulazione dell'imputazione ad opera dell'ufficio del pubblico ministero[333].

La fase procedimentale in esame nella versione previgente alla riforma Cartabia perseguiva quindi la funzione di evitare che imputazioni basate su compendi investigativi lacunosi o manifestamente infondati potessero approdare alla fase dibattimentale, in ragione della loro incapacità di sostenere la specifica accusa in giudizio[334].

Ciò posto, appare metodologicamente corretto e sicuramente utile per comprendere il deficit di inefficienza dell'udienza preliminare (e della richiesta di archiviazione) - posto a base del deciso intervento del riformatore - disaminarne sommariamente le criticità strutturali, per poi nel paragrafo successivo tracciarne gli effetti in termini di diade inefficienza/inefficacia.

1.4. Segue. Gli epiloghi decisori rilasciati dal codice Vassalli.

La premessa non trascurabile – alla luce dell'attuale conformazione dell'istituto - è che la struttura dell'udienza preliminare licenziata dal codificatore, in netta discontinuità rispetto al rito inquisitorio[335] introdotto dal Codice Rocco nel 1930, era calibrata su un processo accusatorio "puro"[336].

---

[333] Il codice Rocco infatti – emanato con il R.D. 19 ottobre 1930, n. 1399 ed entrato in vigore il 1 luglio 1931- non prevedeva l'istituto dell'udienza preliminare. L'art. 378 c.p.p. affermava che il giudice istruttore «*pronuncia sentenza con cui dichiara non doversi procedere perchè il fatto non sussiste o perchè l'imputato non lo ha commesso, tanto nel caso in ci vi è la prova che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, quanto nel caso in cui manca del tutto la prova che il fatto sussiste o che l'imputato lo ha commesso*».

[334] G. DELLA MONICA - *Il filtro della ragionevole previsione di condanna,* in *Arch. Pen.* n. 2/2023, pag. 1 – ricorda come, sin dall'entrata in vigore del codice del 1988 l'attenzione della dottrina si era concentrata proprio sulla struttura dell'udienza preliminare e, in particolare, sulla scelta adottata dal legislatore in merito all'individuazione del presupposto a cui subordinare l'arresto immediato dell'iter processuale, al fine di porre uno sbarramento alle imputazioni non meritevoli del vaglio dibattimentale.

[335] Come osserva V. CIANCHELLA - *La "vita" delle investigazioni*, in V. CIANCHELLA-A. MADEO, *Guida pratica operativa alle investigazioni*, IV ed., CEDAM, WKI 2023, pag. 13 - il sistema *inquisitorio* è essenzialmente caratterizzato: a) dal principio di *autorità* della magistratura, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente, che tendenzialmente opera quale giudice ed accusatore (giudice inquisitore); l'imputato e l'offeso – secondo questa impostazione – sono invece meri "oggetti" del giudizio e hanno pochi o addirittura nulli poteri; b) dalla *iniziativa d'ufficio,* nel senso che spetta al giudice l'iniziativa del processo; c) dalla *iniziativa probatoria d'ufficio,* spettando al giudice la ricerca delle prove; d) dal *segreto,* atteso che le deposizioni vengono assunte senza contraddittorio; e) dalla *scrittura*, essendo le deposizioni raccolte in un verbale scritto, rimesso alla interpretazione del giudice; f) dall'*ammissibilità illimitata delle prove,* poiché conta solo il risultato, cioè la verità; g) dalla *presunzione di reità,* posto che è l'imputato a dover dimostrare la sua innocenza; h) dalla *carcerazione preventiva,* poiché il presunto colpevole può essere fisiologicamente sottoposto a carcere prima della sentenza di condanna; i) dalla *molteplicità delle impugnazioni*, poiché, essendo il giudice un uomo, quindi fallibile, è sempre possibile proporre impugnazione ad un giudice superiore, con gli stessi poteri.

[336] Il sistema *accusatorio* è invece caratterizzato da principi pressoché antitetici rispetto a quelli rassegnati nella nota precedente – cfr. V. CIANCHELLA, op. cit. pag. 14 - e segnatamente: a1) il principio *dialettico*: nessuna persona è depositaria di ciò che è vero e di ciò che è giusto e la verità si può accertare tanto meglio, quanto più le funzioni processuali sono ripartite tra soggetti che hanno interessi antagonisti (P.M., GIP, GUP,

La direttiva n. 52 della legge-delega n. 81 del 1987 individuava — in alternativa al decreto che dispone il giudizio — la sentenza di non luogo a procedere da pronunciare allo stato degli atti nelle ipotesi di estinzione del reato, di improcedibilità dell'azione penale, di irrilevanza penale del fatto, nonché di «evidente» insussistenza del fatto contestato o di estraneità ad esso dell'imputato. Nei casi dubbi — allorquando, cioè, non fosse stato possibile, allo stato degli atti, determinarsi in favore dell'accoglimento della richiesta di rinvio a giudizio o della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere — il legislatore delegante attribuiva al giudice il potere di sollecitare le parti affinchè fornissero, in una successiva udienza, «ulteriori elementi» utili ai fini della decisione.

Le linee programmatiche tracciate dalla legge-delega[337] trovavano puntuale attuazione nella prima stesura dell'art. 425 c.p.p., che subordinava l'emissione della sentenza di non luogo a procedere alla "mera constatazione" della non configurabilità di un illecito penale, della ricorrenza di una causa di

---

Difensore, Tribunale, ecc.); b1) il principio della *separazione delle funzioni*: il giudice – che deve essere *indipendente* ed *imparziale* – deve decidere sulla base di prove prodotte dall'accusa e dalla difesa e la scelta che egli opera tra le diverse ricostruzioni del fatto storico è stimolata dalla dialettica delle parti contrapposte; c1) il principio della *iniziativa di parte*: il giudice non può procedere d'ufficio nel determinare l'oggetto della controversia, altrimenti sarebbe parziale*;* d1) il principio della *iniziativa probatoria di parte:* i poteri di ricerca, ammissione e valutazione della prova devono essere divisi e ripartiti tra il giudice, l'accusa e la difesa; e1) il processo è dominato dalla *regolamentazione dettagliata della prova:* il pubblico ministero ha l'onere di ricercare le prove e convincere il giudice della reità dell'imputato; la difesa deve avere il potere di ricercare le prove in base alle quali possa convincere il giudice che l'imputato non è colpevole o che le modalità di svolgimento del fatto addebitato devono essere ricostruite in modo diverso da quanto ha fatto l'accusa; il giudice deve solo decidere se ammettere o meno il mezzo di prova che viene richiesto, limitandosi a valutare, durante l'esame testimoniale (esame incrociato o *cross examination*), l'ammissibilità delle domande formulate da una parte; f1) il principio del *contraddittorio:* il giudice, prima della decisione, permette alla parte interessata di sostenere le proprie ragioni, di tal che ciascuna delle parti può contribuire alla formazione della prova, ponendo le domande al testimone e non può essere utilizzata per la decisione la dichiarazione di una persona citata da una parte se alla controparte non è permesso di interrogarla in sede di controesame*;* g1) il principio di *oralità:* nel processo è consentito di valutare in modo pieno la credibilità e l'attendibilità di un testimone, mentre in linea di principio non sono utilizzabili le dichiarazioni scritte*;* h1) i *limiti di ammissibilità delle prove:* è importante il metodo attraverso il quale si giunge a formare una prova, nel senso che, solo se questo è rispettato, l'elemento conoscitivo che se ne trae può essere valutato nella sua attendibilità e quindi essere utile allo scopo di ricostruire l'esistenza di un fatto storico*;* i1) il principio della *presunzione di innocenza:* chiunque accusa una persona deve convincere il giudice, mediante prove, che costei è colpevole, di tal che, fino a quando l'organo giudicante non ha accertato la reità - mediante un processo regolato dalla legge e rispettoso del diritto di difesa - l'imputato è presunto innocente*;* l1) il principio della *condanna oltre ogni ragionevole dubbio:* il giudice può condannare l'imputato soltanto quando l'accusa ha provato la reità "al di fuori di ogni ragionevole dubbio"; viceversa, se l'accusa non riesce a vincere il dubbio – quand'anche fosse uno solo - l'imputato deve essere dichiarato non colpevole*;* m1) l'imputato è presunto innocente e può, quindi, essergli applicata una misura cautelare solo sulla base di presupposti molto stringenti - *gravi indizi di colpevolezza* ed *esigenze cautelari* - non essendo fisiologicamente ammessa la carcerazione preventiva e sussistendo per contro *limiti alla custodia cautelare;* n1) sussistono limiti alla proposizione delle impugnazioni, posto che – essendo i controlli contestuali alla formazione della prova davanti al giudice – queste hanno lo scopo di controllare se in primo grado sono stati rispettati i diritti delle parti, e sono parimenti demandate ad un giudice indipendente ed imparziale.

[337] La legge-delega non prevedeva, tra i casi di non luogo a procedere, quello in cui il «fatto non costituisce reato», che venne poi inserito nel testo definitivo dell'art. 425 comma 1 c.p.p. La questione di legittimità costituzionale sollevata per difetto di delega, ex art. 76 Cost., venne, tuttavia, dichiarata non fondata dalla Consulta, osservando che l'insussistenza dell'elemento psicologico del reato o la presenza di una causa di giustificazione imponeva comunque, se emergente in termini di «evidenza», l'emissione della sentenza di non luogo a procedere, sicchè l'integrazione operata dal legislatore delegato, in linea con la funzione dell'udienza preliminare, di fatto non travalicava le direttive del delegante.

estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale oppure ancora alla verifica di una ragione «evidente» di proscioglimento nel merito, che avesse ad oggetto la insussistenza del fatto, l'estraneità ad esso dell'imputato oppure il difetto delle condizioni di imputabilità o di punibilità.

Pertanto, il requisito dell'"evidente" infondatezza del fatto - che consentiva di prosciogliere l'imputato solo in presenza della prova della totale innocenza, cui veniva equiparata l'ipotesi in cui mancava del tutto la prova della colpevolezza[338]- non era necessario nell'ipotesi di estinzione del reato, di azione penale che non doveva essere iniziata o proseguita, o se il fatto non era previsto dalla legge come reato, ma diventava imprescindibile nei casi in cui *il fatto non sussiste*, l'imputato *non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato* o nel caso di persona non imputabile o non punibile per qualsiasi altra causa.

Tale distinzione era stata ritenuta ragionevole, attesa la differente tipologia di valutazione richiesta al GUP (e prima ancora al GIP in sede di archiviazione), che presupponeva – essenzialmente - una valutazione in diritto e non un giudizio di merito, in linea con l'intenzione del legislatore, che aveva spostato il baricentro del processo penale (rispetto al codice Rocco) nella fase del Giudizio, deputata alla emersione, assunzione ed acquisizione delle prove a seguito di un dibattimento reso in pubblica udienza nel contraddittorio tra le parti.

La prima formulazione dell'art. 425 c.p.p. rendeva in pratica impossibile il ruolo di filtro dell'udienza preliminare, essendo a dir poco rari i casi di "evidente" innocenza dell'imputato.

> Sul punto Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE[339] osservano come, a fronte di un criterio decisorio tanto lasco, non stupisce che già nel 1992 la dottrina avesse laconicamente rilevato che le sentenze di non luogo a procedere fossero assolutamente rare e quindi nella maggior parte dei casi l'udienza preliminare si riducesse a una mera funzione di transito per il giudizio, tanto da giustificare la vecchia opinione che la qualificava come udienza di "smistamento".

Al fine di risolvere tale criticità il legislatore doveva modificare a più riprese la regola di giudizio di cui all'articolo 425 c.p.p., muovendosi un pò come un equilibrista tra le spinte "efficientiste" – a favore di un minore potere decisorio del GUP in chiave proscioglitiva, essendo l'udienza preliminare in quel momento concepita come filtro delle sole imputazioni "azzardate"[340] - e quelle meno formaliste, diremmo "più ragionevoli" – secondo le quali il GUP poteva spingersi fino ad entrare nel merito della

[338] Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 12/06/1991, Brunetti, in banca dati De Jure.

[339] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 100.

[340] Vale a dire che l'udienza preliminare *efficiente*, secondo l'originaria versione, era quella che filtrava poco ovvero solo le imputazioni azzardate, in senso pressochè antitetico rispetto al significato che assume nella versione post riforma Cartabia.

regiudicanda per evitare dibattimenti seriamente candidati ad una pronuncia di assoluzione o proscioglimento (specie quando derivavano da richiesta di archiviazione poi non accolta dal GIP)[341] -.

Spogliandoci dai tecnicismi potremmo affermare che le "lenti" fornite al GUP dal legislatore del 1988 erano "non a fuoco", potendo pronunciarsi sul merito solo in caso di evidenza, certezza della infondatezza della notizia di reato, e per di più a seguito di "mera constatazione", senza cioè alcuno sforzo accertativo, richiesto invece dal punto di vista motivazionale, essendo il decreto che dispone il giudizio sostanzialmente immotivato, al contrario della sentenza di proscioglimento.

L'evidenza[342] richiamata dall'art. 425 c.p.p. doveva essere parametrata — secondo la coeva giurisprudenza di merito[343] — ai criteri sottesi alle formule assolutorie proprie del giudizio (e cioè: *il fatto non sussiste*[344]*, l'imputato non lo ha commesso*[345]*, il fatto non costituisce reato*[346]*, il fatto non è*

[341] M. ARCARO - *Dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna: cambia la regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere*, in Penale diritto e procedura, 21.7.2022, pag. 6 - osserva a tal uopo come il GUP veniva chiamato ad una valutazione circa la fondatezza del compendio probatorio cui l'imputazione si sorregge, mentre l'evidenza della prova circa la causa di non luogo a procedere manifestava una «*relazione con le potenzialità probatorie del dibattimento*», e sussisteva in tutti quei casi in cui fosse palese che l'istruzione dibattimentale non avrebbe potuto incidere sulla infondatezza dell'accusa risultante dalla richiesta di rinvio a giudizio. G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 4 ricorda come, ferma restando la differenza in termini qualitativi delle prove a disposizione del giudice del dibattimento e di quelle a disposizione del giudice dell'udienza preliminare, i due giudizi si atteggiavano in maniera praticamente identica in ordine al procedimento di valutazione del materiale probatorio; in particolare, il termine "evidenza" starebbe piuttosto ad indicare la necessità che il risultato di tale valutazione sia apprezzabile in termini di "certezza": il giudice dell'udienza preliminare avrebbe pronunciato quindi una decisione di non luogo a procedere solo quando, per l'assenza di elementi probatori a carico o perchè questi erano neutralizzati dall'esistenza di elementi a discarico, sarebbe stato possibile pervenire ad un "convincimento di certezza" in ordine alla estraneità dell'imputato ai fatti contestati.

[342] Il concetto di *certezza* serviva quindi ad evitare che potesse essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere nei casi di prova incerta, oltre che nei casi in cui – così D. MANZIONE, *Sub art. 425 c.p.p.*, in Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, 662 - fosse prevedibile anche nell'udienza preliminare, che il dibattimento non avrebbe potuto apportare alcun tipo di chiarimento. Come ricorda G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 4, era proprio da quello snodo che prendeva corpo la distinzione tra le ipotesi di proscioglimento "in fatto" — da accertare con «evidenza» — dalle altre formule di non luogo a procedere - per le quali occorreva una mera constatazione -.

[343] cfr. ad es. GUP Teramo, 5 febbraio 1991, in *Arch. nuova proc. pen*., 1991, 433, che aveva dichiarato il non luogo a procedere in presenza di un quadro probatorio costituito esclusivamente da una chiamata in correità non corroborata da alcun elemento di riscontro estrinseco.

[344] Solo come mero richiamo alla memoria, ricordiamo che l'assoluzione *perché il fatto non sussiste* è la più favorevole per l'imputato, perchè nega che un fatto penalmente rilevante si sia verificato, con riferimento all'elemento materiale costituito da azione od omissione, evento, nesso di causalità.

[345] Anche la formula assolutoria *per non aver commesso il fatto* è ampiamente liberatoria per l'imputato, perché – pur presupponendo che un fatto nella sua materialità sia stato commesso – ne nega la riferibilità all'imputato, sicchè va utilizzata quando manchi, sul piano puramente materiale, ogni rapporto tra l'attività dell'imputato e l'evento dannoso.

[346] Tale formula invece si caratterizza perché riconosce la sussistenza della materialità del fatto storico e la sua riferibilità all'imputato, ma nega la punibilità per la mancanza dell'elemento soggettivo oppure per la presenza di una causa di esclusione dell'antigiuridicità o anche (secondo la norma all'epoca vigente) di una causa di esclusione della punibilità.

previsto dalla legge come reato[347]), di tal che il GUP doveva pronunciare la sentenza di non luogo a procedere nei casi di radicale e insuperabile insufficienza o contraddittorietà degli elementi di prova a sostegno dell'accusa; oppure, *a fortiori*, nelle ipotesi di assoluta carenza della prova positiva della responsabilità dell'imputato.

Le valutazioni del Giudice si appuntavano su un duplice profilo: la "diagnosi" sull'oggettiva consistenza delle risultanze investigative[348]; la "prognosi" sulla capacità dimostrativa che avrebbero assunto, nella futura istruttoria dibattimentale, gli elementi cognitivi acquisiti all'esito dell'esperimento dei mezzi di prova[349].

Una volta esclusa ogni possibilità di anticipare all'udienza preliminare questioni afferenti il pieno accertamento del fatto oggetto di imputazione - trattandosi di attività riservata alla successiva fase del giudizio[350] - il parametro discretivo era rappresentato, dunque, dalla utilità del dibattimento[351], che il giudice, nei casi dubbi, avrebbe dovuto disporre dopo l'eventuale acquisizione di ulteriori elementi di prova.

---

[347] La formula assolutoria *perché il fatto non è previsto dalla legge come reato* trova applicazione nei casi in cui il fatto non corrisponda ad una fattispecie incriminatrice in ragione di un'assenza di previsione normativa, o di una successiva abrogazione della norma, o di un'intervenuta dichiarazione integrale d'incostituzionalità.

[348] In particolare, il giudice era chiamato a verificare anche la completezza delle indagini svolte dal pubblico ministero, tanto che la giurisprudenza — nonostante la mancanza di una espressa previsione in tal senso — riteneva non abnorme l'emissione, all'esito dell'udienza preliminare, di una ordinanza con la quale il giudice prescriveva al pubblico ministero il compimento di ulteriori attività investigative (Cass., Sez. I, 11 dicembre 1990, in *Giust. pen*., 1991, III, 523).

[349] La giurisprudenza aveva subito chiarito che il requisito della «evidenza» dovesse essere riferito non solo ad un vaglio di tipo "diagnostico" degli atti di indagine preliminare, ma anche ad una valutazione "prognostica" in ordine ai risultati di prova raggiungibili in dibattimento (cfr. Cass., Sez. I, 12 gennaio 1993, in *Cass. Pen*., 1993, 6, 104).

[350] Si escludeva, infatti (Corte Cost., 3 ottobre 1990, n. 431, in *Giur. cost*., 1990, 2574), che il giudice dell'udienza preliminare potesse riconoscere la sussistenza di circostanze attenuanti o procedere al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., poichè il compiuto accertamento dei fatti si esplica esclusivamente nella fase dibattimentale.

[351] Le prime pronunce della giurisprudenza di merito non esprimevano, però, al riguardo, un orientamento univoco. Ad esempio, secondo GUP Roma, 14 febbraio 1991, in *Giur. merito*, 1992, 407, il giudice dell'udienza preliminare era tenuto ad emettere sentenza di non luogo a procedere non solo quando fosse «evidente» l'innocenza o, comunque, la non punibilità dell'imputato, ma anche nei casi in cui i risultati delle indagini preliminari non consentissero di formulare la previsione che l'imputato, all'esito del giudizio dibattimentale, potesse essere dichiarato colpevole e condannato.

Così congegnata l'udienza preliminare non poteva quindi più di tanto drenare[352], tanto che – per dirla con autorevole dottrina[353] - il filtro è sempre rimasto a maglie piuttosto larghe, data la prassi usuale di rinviare a giudizio con la frequente giustificazione apodittica secondo cui il caso meritava di essere approfondito in dibattimento.

1.5. Segue. Il primo "giro di vite": la soppressione della "evidenza" mediante la legge 105/1993.

Allo scopo di ampliare la valutazione del merito da parte del Giudice dell'udienza preliminare[354], il testo dell'art. 425 comma 1 c.p.p. veniva modificato anzitutto dall'art. 1 della legge 8 aprile 1993, n. 105, con la soppressione dell'aggettivo «evidente», ritenuto il principale responsabile del mancato espletamento della funzione deflattiva dell'udienza preliminare.

La disciplina previgente sottendeva peraltro una manifesta irrazionalità se confrontato con l'art. 125 disp. att. c.p.p., a tenore del quale la richiesta di archiviazione prevedeva una regola di giudizio decisamente più elastica rispetto a quella contemplata dall'art. 425 c.p.p. per il non luogo a procedere[355].

Paradossalmente, cioè, la stessa notizia di reato poteva essere archiviata dal GIP anche per insufficienza di prove circa la colpevolezza dell'indagato, ma, in caso di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, finiva per dover sostanzialmente proseguire in dibattimento a causa della rigidità

[352] Appariva infatti da subito chiaro – osserva G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 5 - che l'udienza preliminare così come congegnata fosse incapace di svolgere quel ruolo di filtro assegnatole dal sistema, anche per la rilevata discrepanza tra la regola di giudizio dettata dall'art. 425 c.p.p. e quella volta ad orientare, all'esito delle indagini, le determinazioni del pubblico ministero, tenuto a richiedere l'archiviazione — ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p. — ove ritenesse le risultanze investigative inidonee a sostenere l'accusa in giudizio e, quindi, anche nel caso di contraddittorietà o insufficienza degli elementi di prova acquisiti. In tal senso anche M. ARCARO, op. cit. pag. 2, che osserva come erano emersi immediatamente problemi circa il rapporto tra l'originaria regola di giudizio sottesa al non luogo a procedere e quella relativa all'archiviazione, laddove quest'ultima fosse pronunciata in caso di infondatezza della notizia di reato ex art. 408 c.p.p. che si palesava quando, a mente dell'art. 125 disp. att. c.p.p., gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

[353] Così G. ILLUMINATI, *Alla ricerca di un processo penale efficiente, in Rivista di diritto processuale*, n. 4/2022, par. 3.

[354] Cass. Pen. Sez. Unite, 25/10/1995, n. 38, Liotta, in banca dati De Jure.

[355] La singolare differenza aveva trovato riscontro ad es. in Corte cost., Ord., 06/06/1991, n. 252, in banca dati De Jure: «*perchè il giudice pronunci l'archiviazione nei confronti dell'indagato o il non luogo a procedere rispetto all'imputato occorre, nel primo caso, che, sulla base degli elementi acquisiti, l'accusa sia chiaramente insostenibile e, quindi, la "notitia criminis" inequivocamente infondata; mentre nel secondo è necessaria l'evidenza della prova di non responsabilità. Tale differenza è giustificata dalla diversa funzione che le due discipline assolvono nel sistema del codice, attenendo la prima ad una fase in cui il controllo del giudice è volto sì a non dar ingresso ad accuse insostenibili, ma ancor più a far fronte all'eventuale inerzia del pubblico ministero e, quindi, a garantire l'obbligatorietà dell'azione penale, mentre la seconda concerne una fase in cui il controllo stesso si svolge in chiave essenzialmente garantistica, al fine cioè di tutelare l'imputato nei confronti di accuse rivelatesi palesemente infondate. Peraltro la posizione dell'imputato nell'udienza preliminare è diversa da quella della persona sottoposta alle indagini, essendo stata già esercitata l'azione penale nei suoi confronti mediante la richiesta di rinvio a giudizio del P.M., a differenza di quella, non fondatamente assunta come termine di raffronto*».

dello *standard* di giudizio dell'udienza preliminare, esclusi i casi – infrequenti - di "evidente" infondatezza dell'accusa.

> Poniamo il caso di Tizio, marito di Caia, il quale - nell'ambito di un rapporto coniugale caratterizzato da quotidiane liti e violenze reciproche tra coniugi - dopo la scoperta da parte di Caia dell'ennesimo tradimento del marito, a seguito di una lite con lesioni e percosse riportate da entrambi, veniva denunciato pretestuosamente dalla moglie tradita per maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.).
> Se il P.M. si persuadeva che non sussisteva il reato di maltrattamenti atteso il contesto di litigiosità reciproca[356], il procedimento poteva arrestarsi alla fase della richiesta di archiviazione, sulla base del disposto dell'art. 125 disp. att. c.p.p.; in caso contrario - ad es. a seguito di opposizione all'archiviazione o comunque di mancato accoglimento della richiesta da parte del GIP - se in udienza preliminare il GUP non ravvisava quella "evidenza" dell'innocenza che sola poteva condurre al non luogo a procedere, Tizio era costretto ad affrontare un lungo e faticoso dibattimento, dall'esito tutt'altro che ragionevolmente votato alla condanna, alla luce della giurisprudenza che esclude la sussistenza dei maltrattamenti in famiglia quando caratterizzati da reciprocità delle violenze. L'*iter* procedimentale prima, e processuale poi, generava un costo, la cui moltiplicazione per casi del genere ha verosimilmente concorso a determinare gli impietosi dati statistici che vedremo più avanti sulla capacità di filtro della richiesta di archiviazione e dell'udienza preliminare.

La riforma in esame aveva quindi reso in via di fatto omogenei i criteri di giudizio che sovraintendevano alla richiesta di archiviazione ed all'udienza preliminare, nella parte in cui onerava il GUP di verificare, alla luce delle circostanze del caso concreto – e adesso a prescindere dalle "evidenze" - se vi fosse necessità di un vaglio dibattimentale[357].

---

[356] cfr. *ex plurimis*, Tribunale Udine, 08/11/2022, n. 1775, in Banca dati De Jure: "*Non è responsabile del reato di maltrattamenti in famiglia l'imputato che si sia reso responsabile di una pluralità di condotte che per quanto biasimevoli abbiano carattere episodico e inserite in un contesto di reciproche recriminazioni e litigi in un contesto di parità tra i coniugi".*

[357] Sul punto, tuttavia, dottrina e giurisprudenza non erano concordi.

La dottrina – tra cui E. APRILE, *L'udienza preliminare*, Milano, 2005, pag. 5 - sottolineava come, per effetto della intervenuta modifica normativa, il giudice dell'udienza preliminare avrebbe dovuto emettere sentenza di non luogo a procedere non solo in presenza della prova piena di una causa di proscioglimento dell'imputato, ma anche nelle ipotesi di insufficienza o contraddittorietà degli elementi probatori a sostegno dell'accusa, applicando in anticipo — sia pure in maniera non perfettamente speculare — la regola di giudizio dell'*in dubio pro reo* dettata dall'art. 530 comma 2 c.p.p. Parte della giurisprudenza (Cass., Sez. VI, 15 giugno 1998, n. 2156, in *Arch. nuova proc. pen*., 1998, 546) continuava invece a subordinare la pronuncia di non luogo a procedere all'incontrovertibile emersione — verificata «per constatazione» e senza necessità di particolare «apprezzamento» da parte del giudice — di elementi rivelatori della insussistenza del fatto, della sua irrilevanza penale e dell'estraneità ad esso dell'imputato; mentre in altre decisioni (Cass. pen., Sez. VI, 09/10/1995, n. 3467, La Penna e altri, in banca dati De Jure) si era evidenziata la necessità di pronunciare il non luogo a procedere non solo in caso fosse provata l'innocenza dell'imputato, ma anche nelle ipotesi in cui il giudice avesse ritenuto, di fronte a compendi probatori scarni o contraddittori, che le citate deficienze non potessero essere "sanate" - o le eventuali incompletezze integrate- nel contraddittorio dibattimentale.

Ma non era sufficiente, posto che se la modifica aveva cercato di restringere le larghe maglie dell'udienza preliminare, non aveva tuttavia chiarito quale fosse la regola di giudizio da seguire nei casi dubbi, circostanza che – di lì a breve – avrebbe costretto il legislatore ad un nuovo intervento.

1.6. Segue. L'introduzione della formula dubitativa ad opera della legge 479/1999 (c.d. legge Carotti).

Dopo circa sei anni infatti – atteso che la soppressione del requisito dell'evidenza non sembrava aver prodotto alcun effetto nella concreta applicazione della regola decisoria - il legislatore doveva intervenire nuovamente, ma questa volta in termini più radicali, con la riforma introdotta dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. "legge Carotti").

La novella — oltre ad aggiungere i commi 2, 3 e 4 nel corpo dell'art. 425 c.p.p. [358] — ridisegnava i presupposti dell'attività di integrazione probatoria, attribuendo al GUP il potere di ordinare il compimento di nuove indagini per colmare le lacune del compendio investigativo e, di riflesso, prevedendo la possibilità di disporre *ex officio* l'assunzione di mezzi di prova solo in funzione della eventuale pronuncia di non luogo a procedere[359].

Ma la modifica più rilevante[360] era quella del riformato comma 3, che obbligava il giudice a rigettare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero quando riteneva gli elementi di prova acquisiti in atti «*insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*».

> Non appare superfluo ricordare che per *insufficienza* intendiamo in questa sede una lacuna quantitativa del quadro probatorio posto dal pubblico ministero a sostegno dell'accusa; il concetto di *contraddittorietà* si riferisce al contrasto

[358] A tenore dell'art. 23 della suindicata l. 16 dicembre 1999, n. 479 – che modificava l'art. 425 c.p.p. - «*1.Se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo. 2. Ai fini della pronuncia della sentenza di cui al comma 1, il giudice tiene conto delle circostanze attenuanti. Si applicano le disposizioni dell'art. 69 del codice penale. 3. Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. 4. Il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. 5. Si applicano le disposizioni dell'art. 537.*».

[359] Con specifico riferimento ai poteri decisori, il giudice dell'udienza preliminare si vedeva riconosciuta dal nuovo comma 2 dell'art. 425 c.p.p. la possibilità — espressiva di una giurisdizione di pieno merito — di applicare circostanze attenuanti e di effettuare il giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. con le contestate aggravanti, anche se il comma 4 del medesimo art. 425 c.p.p. ribadiva — implicitamente — la natura processuale della sentenza di non luogo a procedere, precludendone l'emissione laddove si profilasse la necessità di disporre una misura di sicurezza diversa dalla confisca.

[360] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 7.

interno al compendio probatorio tra elementi di prova raccolti; infine, il concetto di *inidoneità* - poichè preceduta dall'avverbio "comunque" - ricomprende la due ipotesi che la precedono, oltre a tutti gli altri casi in cui il quadro probatorio risultante in udienza preliminare, ancorchè sufficiente e non contraddittorio, non risulti adeguato a sostenere l'accusa in giudizio per motivi diversi.

In altri termini, restavano inalterati i canoni di giudizio previsti dal comma 1 dell'art. 425 c.p.p. per le ipotesi di conclamata configurabilità di una causa di "proscioglimento" - processuale o di merito - mentre veniva coniata una nuova regola decisoria riferita alle situazioni dubbie, sulla cui configurabilità finiva per incidere il modificato assetto delle integrazioni investigative e probatorie.

L'apertura del legislatore ad una dimensione più fattuale della udienza preliminare non consentiva tuttavia di superarne la natura prettamente processuale, in quanto affermare che il giudice era chiamato a pronunciarsi "sul merito della consistenza dell'accusa" non significava[361] solo per questo accertare l'esistenza di un fatto-reato e la possibilità di attribuirlo all'imputato.

La modifica del comma 3 dell'art. 425 c.p.p. aveva dato luogo a tre[362] opzioni dommatiche circa la portata ermeneutica della nuova regola di giudizio, tra le quali la teoria dell'*utilità del dibattimento* era

[361] Nelle prime decisioni successive alla novella la Corte delle Leggi (Corte cost., Ord., 04/06/2001, n. 185, in banca dati De Jure) aveva infatti sottolineato come «*...le pur significative e rilevanti modifiche che la legge n. 479 del 1999 ha apportato alla disciplina della udienza preliminare, pur avendo contribuito a ridefinire, in termini di maggior pregnanza, la struttura, la dinamica ed i contenuti decisori di quella fase, non ne hanno tuttavia mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza; che al di là delle segnalate innovazioni, infatti, la funzione della udienza preliminare era e resta quella di verificare - sia pure alla luce di una valutazione "contenutistica" più penetrante rispetto al passato - l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal Pubblico Ministero, cosicchè, ad una richiesta in rito, non può non corrispondere, in capo al Giudice, una decisione di eguale natura, proprio perchè anch'essa calibrata sulla prognosi di non superfluità del sollecitato passaggio alla fase dibattimentale*». Ma ad un mese dalla pronuncia appena citata, la Consulta forniva una ricostruzione parzialmente diversa, definendo il compito cui è chiamato il giudice una valutazione che ormai doveva considerarsi di merito. Si veda l'ordinanza n. 271 del 2003 - in banca dati De Jure - in cui la Corte Costituzionale dichiarava che «*i contenuti delle decisioni che concludono l'udienza preliminare hanno assunto* [...] *una diversa e maggiore pregnanza. Il giudice infatti non è solo chiamato a valutare, ai fini della pronuncia di non luogo a procedere, se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato, ovvero se risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non l'ha commesso o non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, tenendo conto, se del caso, delle circostanze attenuanti e applicando l'art. 69 del codice penale (art. 425, commi 1 e 2, cod. proc. pen.). Il giudice deve considerare inoltre se gli elementi acquisiti risultino sufficienti, non contraddittori o comunque idonei a sostenere l'accusa nel giudizio (art. 425, comma 3, cod. proc. pen.), dovendosi determinare, se no, a disporre il non luogo a procedere; se sì, a disporre il giudizio. Il nuovo art. 425 del codice, in questo modo, chiama il giudice a una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale*».

[362] La prima si fondava sulla cd. "*teoria dell'innocenza evidente*", secondo cui il non luogo a procedere doveva essere preferito quando gli elementi acquisiti facevano emergere l'innocenza dell'imputato, rendendo così inutile il dibattimento. Il termine "evidenza" riportava alla mente l'originaria formulazione dell'art. 425 c.p.p., ispirata alla *ratio* della teoria in esame, secondo cui per il proscioglimento serviva l'assoluta mancanza di qualsiasi incertezza in ordine alla innocenza dell'imputato, sia in termini di prova positiva dell'innocenza stessa, sia in termini di assenza di prove circa la colpevolezza, portando al rinvio a giudizio nei casi dubbi.

indubbiamente quella che aveva trovato maggiore riscontro nella giurisprudenza di legittimità[363] - anche a Sezioni Unite[364] - ritenendo non pronunciabile il non luogo a procedere in presenza di elementi insufficienti o contraddittori che «*appaiano ragionevolmente superabili nel dibattimento, non dovendo egli accertare l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato, bensì la sostenibilità dell'accusa in giudizio*»[365].

L'introduzione della formula dubitativa come causa di proscioglimento veniva quindi ricondotta alla teoria dell'*utilità del dibattimento,* non dubitandosi che in udienza preliminare l'accertamento operato dal Giudice non era dello stesso tipo di quello effettuato dal giudice del dibattimento, ma di un giudizio sul "peso" del fascicolo delle indagini preliminari.

Potremmo dire[366] che "inidoneità degli atti a sostenere l'accusa" o "insostenibilità dell'accusa" erano formule che davano l'idea di una impalcatura processuale basata su fondamenta fragili, sorretta da materiale inidoneo. Ne consegue l'inutilità del giudizio e il dovere di evitare alla collettività un superfluo dispendio di risorse e all'imputato il patema del dibattimento.

La seconda interpretazione si fondava sulla cd. "*teoria della condanna probabile*" secondo la quale bisognava riferirsi alle probabilità di successo della tesi dell'accusa in dibattimento per sciogliere il dubbio tra rinvio a giudizio e non luogo a procedere. La specifica teoria imponeva al giudice di rinviare a giudizio l'imputato quando, alla luce delle risultanze investigative, era probabile che il dibattimento si sarebbe concluso con una sentenza di condanna. Per l'effetto, in tale ipotesi, l'udienza preliminare si manifestava come un filtro a maglie strette, laddove il giudice era tenuto a prosciogliere in caso di compendi "probatori" incerti circa la colpevolezza dell'imputato. È facilmente intuibile che in ossequio a detta teoria il giudice era tenuto a prosciogliere l'imputato non solo in caso di insufficienza o contraddittorietà degli elementi a carico, ma anche quando, nonostante un compendio "probatorio" *ictu oculi* esauriente, riteneva che in dibattimento non sarebbe stata raggiunta la prova della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

La terza impostazione faceva invece riferimento alla cd. "*teoria dell'utilità del dibattimento*", in virtù della quale il giudice doveva formulare non luogo a procedere nei casi in cui si manifestava la superfluità del giudizio, attraverso una valutazione di natura prognostica avente ad oggetto l'utilità del dibattimento, optando per il rinvio a giudizio in presenza di casi "aperti", ossia incerti, suscettibili di percorrere molteplici strade all'esito del vaglio dibattimentale.

[363] Cass. pen. Sez. VI, 06/04/2000, n. 1662, Pacifico, in banca dati De Jure.

[364] La ricostruzione in esame era stata ribadita anche da Cass. pen. Sez. Unite, 20/12/2007, n. 5307, Proc. Rep. presso il Tribunale di Pordenone c. B.D., in banca dati De Jure., secondo cui «*nel contesto delle sopravvenute, significative, novità normative (in particolare, la L. n. 479 del 1999) e dei plurimi interventi della Corte costituzionale (v., fra le tante, sentt. n. 224 del 2001 e n. 335 del 2002), si è imposta un'opportuna rimeditazione riguardo alla struttura e alle funzioni dell'udienza preliminare, nel senso di una sua progressiva marginalizzazione quale "momento processuale" orientato al mero controllo dell'azione penale promossa dal P.M. in vista dell'apertura della fase del giudizio, e, per contro, del suo avvicinamento ai segmenti di uno sviluppo procedimentale in cui, per la completezza del quadro probatorio di cui il giudice dispone, per il potenziamento dei poteri riconosciuti alle parti in materia di prova e per l'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte prospettico del giudice rispetto all'epilogo decisionale, è stimolata la valutazione del "merito" circa la consistenza dell'accusa, in base ad una prognosi sulla possibilità di successo nella fase dibattimentale*». Dopo la pronuncia delle Sezioni Unite la Suprema Corte ha mantenuto saldamente la stessa impostazione.

[365] Cass. pen. Sez. V Sent., 15/05/2009, n. 22864, in banca dati De Jure.

[366] M. ARCARO, op. cit. pag. 7.

Tuttavia, nonostante l'ulteriore sforzo del legislatore neppure tali modifiche producevano gli effetti auspicati, posto che[367] la giurisprudenza[368] continuava ad escludere la possibilità di pronunciare sentenza di non luogo a procedere sia quando il quadro probatorio pur se lacunoso appariva suscettibile di integrazioni in dibattimento, sia quando le fonti di prova si prestavano a rivalutazioni oppure ad interpretazioni alternative o aperte[369].

A non voler inoltre considerare – sotto un profilo di efficientismo, meno virtuoso e biasimevole ma affatto diffuso, alla luce di quanto si vedrà in chiave statistica nel paragrafo successivo - che nella prassi la sentenza emessa ai sensi dell'art. 425 c. 3 c.p.p. postulava l'assolvimento di un onere motivazionale particolarmente rigoroso per il GUP, in quanto se doveva prosciogliere era tenuto a dar conto della assoluta impossibilità di completamento in giudizio del compendio probatorio lacunoso o contraddittorio, oppure della capacità di resistenza agli approfondimenti del contraddittorio dibattimentale di un eventuale apprezzamento positivo dell'innocenza dell'imputato.

Al contrario, per il rinvio a giudizio era (ed è) sufficiente un decreto sostanzialmente immotivato[370].

1.7. Le conseguenze: l'inefficienza e l'inefficacia della richiesta di archiviazione (a monte) e della udienza preliminare (a valle) quale filtro delle imputazioni azzardate.

Il quadro rilasciato dal paragrafo che precede è indiziante la crisi della capacità drenante dell'udienza preliminare (e prima ancora, della richiesta di archiviazione) ma non ancora esaustivo: al momento emerge solo che in poco più di 10 anni (dal 1988 al 1999) il legislatore è dovuto intervenire ben tre volte sulle relative regole di valutazione.

Dall'ultima modifica la situazione era tuttavia precipitata, circostanza plasticamente rappresentata da Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE nel recente scritto[371] sulla crisi della giustizia penale italiana e

[367] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 9.

[368] Cass., Sez. IV, 23 novembre 2017, n. 851, in D&G, 2018, 12 gennaio.

[369] Si spiega così perché, secondo M. BONTEMPELLI - *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1149 - la principale causa di inefficienza dell'udienza preliminare è stata proprio l'imprecisa applicazione della regola di giudizio dell'art. 425 c. 3 c.p.p. Ciò in quanto, evitando il vaglio dibattimentale delle imputazioni azzardate, si cercava di prevenire il rischio che il dibattimento svolgesse impropri compiti "ricostruttivi" del fatto, a rigore demandati alle indagini preliminari, mentre nel dibattimento dovrebbe essere "rappresentato", attraverso la prova, il fatto ricostruito nel corso delle indagini preliminari, enunciato nell'imputazione.

[370] F. MORELLI, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in Sistema Penale, 5/2023, pag. 32.

[371] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, *op. cit.* pag. 89.

sulle ragioni della riforma Cartabia, dal quale emerge come l'opera di depenalizzazione, cioè la ricerca di criteri di selezione, sia condizione necessaria (benchè non sufficiente) dell'efficienza del sistema penale.

La minuziosità dei dati statistici – licenziati dalla *Direzione generale di statistica e analisi organizzativa* del Ministero della Giustizia - riportati in questo prezioso lavoro di ricerca (dall'emblematico titolo "Giustizia per nessuno") impone di limitarci in tale sede ad utilizzare solo i macro risultati relativi al nostro segmento procedimentale, rinviando per il resto alle tabelle ed ai grafici colà diffusamente rassegnati, dalla cui disamina integrata emerge come la concreta attuazione del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. risente proprio dello snodo chiave costituito: da un lato, dall'alternativa tra archiviazione ed esercizio dell'azione; dall'altro, tra proscioglimento e rinvio a giudizio.

Alla fine del presente paragrafo saranno più chiare le ragioni poste a base della riforma Cartabia sul punto.

1.8. Segue. Il trascurabile non esercizio dell'azione penale.

Confrontando anzitutto i dati degli anni novanta e degli ultimi due decenni, emerge come il numero assoluto delle richieste di archiviazione fosse nel primo periodo di vigenza del codice Vassalli ben più alto di quello attuale.

Per averne contezza Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE[372] confrontano i dati contenuti nel monitoraggio ministeriale sul funzionamento del sistema processuale compiuto nei primi anni novanta con quelli più recenti forniti dall'ufficio statistico del ministero della Giustizia.

Il risultato è che tra il 1990 e il 1995 gli uffici di Procura avevano presentato quasi 7 milioni di istanze di archiviazione in più rispetto a quelle avanzate dai pubblici ministeri nel periodo che va dal 2014 al 2019.

Un ulteriore riscontro a tale linea di tendenza emerge analizzando il dato[373] avente ad oggetto le richieste di archiviazione concernenti notizie di reato iscritte a modello 21 (noti) negli ultimi due decenni[374].

[372] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 90.

[373] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 92.

[374] In particolare, tra il 2001 e il 2019 la quantità delle istanze di archiviazione nei confronti di soggetti noti si è più che dimezzata, dato che rende interessante esaminare le statistiche disaggregate delle varie voci di non esercizio dell'azione penale, in modo tale da rendersi conto che ad essersi ridotto in modo più marcato sono state soprattutto le richieste in diritto ai sensi dell'articolo 411 c.p.p.

Se infatti con riguardo al registro noti le richieste di archiviazione per infondatezza della notizia di reato sono diminuite di quasi il 28%, per quelle ex articolo 411 c.p.p. il decremento è stato ben più sostenuto[375].
Il dato che emerge nitidamente è che la prima causa del decremento delle richieste di archiviazione possa individuarsi nella generale contrazione delle sopravvenienze occorsa negli uffici di magistratura inquirente negli ultimi due decenni. Essendosi ridotto in modo netto il carico di lavoro totale in entrata degli uffici di Procura, pare del tutto fisiologico che pure i provvedimenti in uscita siano diminuiti.
Se tanto è vero, sembra che una contrazione tanto significativa si debba pure a una parziale perdita di capacità drenante dell'archiviazione.
Per dimostrare tale assunto Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE ritengono necessario analizzare[376] singolarmente i dati concernenti gli esercizi dell'azione penale.
Ciò posto, è possibile rilevare più compiutamente la perdita di capacità drenante dell'archiviazione con riguardo ai procedimenti penali iscritti a modello 21, essendo emerso che dal 2007 in poi la quantità di casi in cui i pubblici ministeri hanno preferito esercitare l'azione penale è risultata sempre più alta delle istanze di rinuncia all'accusa concernenti notizie di reato con autore noto[377].
Questo *trend* ha fatto sì che nel 2019 il numero dei procedimenti rispetto ai quali è stata formulata l'imputazione fosse quasi il 44% del totale delle cause concernenti notizie di reato iscritte al modello 21, mentre le domande di archiviazione nei confronti di persone note sono state solo il 35% delle stesse.
Nel contempo, proprio tale linea di tendenza sembra fornire una valida spiegazione al perché, nonostante la riduzione massiccia del numero delle notizie di reato pervenute presso gli uffici delle Procure negli

[375] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 92, rappresentano come, scorporando i dati concernenti due tra le voci numericamente più significative di questa categoria, ossia le istanze per mancanza di una condizione di procedibilità e quelle per prescrizione, emerge un vero e proprio tracollo: le prime sono calate del 63%, mentre le richieste di archiviazione per prescrizione sono diminuite di oltre il 71%. Nonostante questo trend, non può essere tenuto in non cale che le domande ex articolo 411 c.p.p. hanno continuato nel loro complesso a risultare negli ultimi vent'anni ben più numerose di quelle per infondatezza delle notizie di reato, anche se lo scarto tra le due fattispecie si è significativamente ridotto.

[376] Secondo M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 93, i numeri raccontano che nel primo decennio degli anni 2000 si è verificato un aumento significativo, quantificabile in quasi il 40% del numero delle azioni penali esercitate. Al contrario, più di recente la quantità di processi intrapresi è progressivamente diminuita, continuando però ad attestarsi ancora su valori superiori a quelli dei primi anni 2000. L'esame parcellizzato delle varie forme di esercizio dell'azione da parte dei pubblici ministeri fa peraltro comprendere come gran parte del trend riduttivo degli ultimi anni sia frutto della netta contrazione: da un lato, dei casi di esercizio dell'azione penale di fronte ai giudici di pace; e da un altro, soprattutto del numero di istanze di decreto penale di condanna. Per contro, se le citazioni dirette di fronte ai tribunali in composizione monocratica sono rimaste pressoché stabili, le richieste di rinvio a giudizio ordinario nel medesimo arco cronologico sono persino aumentate del 19%, il che dimostra che le forme di esercizio dell'accusa, da ultimo citate, non hanno in alcun modo subito l'influsso negativo dalla riduzione marcata della quota generale delle sopravvenienze in Procura.

[377] I dati statistici riportati da M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 94 consentono di osservare che, se nei primi anni 2000 il totale delle richieste di archiviazione nei confronti di soggetti identificati era ben più alto rispetto al tasso di esercizio dell'azione penale (tanto che esse rappresentavano circa il 60% del totale dei provvedimenti definitori delle procure presso i tribunali con riguardo ai registri noti, mentre le imputazioni unicamente il 33%), a partire dal 2007 la situazione si è del tutto rovesciata. .

ultimi anni, le sopravvenienze di fronte ai Tribunali monocratici si sono ridotte soltanto in minima parte: la contrazione delle notizie di reato alla fonte pare, invero, essere stata compensata proprio dalla quota in proporzione sempre elevata, di accuse formulate.

I risultati delle statistiche in esame forniscono una chiara riprova di come i pubblici ministeri, con il passare del tempo, abbiano progressivamente iniziato a preferire l'esercizio dell'azione penale alla richiesta di archiviazione.

> Non sempre – è stato osservato[378] - si ricorre all'archiviazione quando la situazione lo richiederebbe; spesso il pubblico ministero preferisce seguire la via dell'esercizio dell'azione penale anche in presenza di elementi probatori del tutto inadeguati. Al fondo di questa prassi stanno spesso distorte visioni efficientistiche, atteggiamenti di sostanziale disimpegno e talora anche pressioni mediatiche; resta il fatto che essa determina al contempo un grave pregiudizio per l'imputato, che viene ingiustamente rinviato a giudizio e dovrà attendere tempi lunghi per il riconoscimento della sua innocenza e un grave danno complessivo per tutto il sistema, poichè il *deficit* investigativo/cognitivo viene scaricato sull'udienza preliminare e, da questa, spesso sul dibattimento, imponendo un'inutile e dispendiosa instaurazione di fasi processuali per giungere a un epilogo in partenza scontato.

La prospettiva cambia radicalmente laddove si prendano in considerazione anche le notizie di reato iscritte nel modello 44 (ignoti). Nonostante, infatti, pure le rinunce all'azione contro ignoti siano ridotte nel corso del tempo, esse continuano comunque a rappresentare una cifra abnorme[379].

Le statistiche aventi ad oggetto la quantificazione delle richieste di archiviazione non costituiscono tuttavia l'unico dato da prendere in considerazione per indagare le dinamiche sull'azione penale, essendo all'uopo utile anche verificare quanti provvedimenti di rinuncia all'azione vengano mediamente accolti

[378] R. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in Sistema Penale, 23 luglio 2021, 15-16.

[379] Come rassegnano M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 95 , nel solo 2019 i pubblici ministeri hanno presentato ben 1.044.692 richieste di archiviazione ex articolo 415 c.p.p. per essere rimasti ignoti gli autori del reato; il che lo rende, ancora oggi, il provvedimento definitorio di gran lunga più adottato da parte dei pubblici ministeri italiani. Di conseguenza, è facile comprendere che laddove si sommi al numero pur sempre più ridotto delle richieste di archiviazione nei confronti di soggetti noti quelle nei confronti di soggetti ignoti, il risultato non potrà che essere di ottenere una netta prevalenza dei procedimenti conclusi con una richiesta liberatoria rispetto a quelli per cui si è avviato un processo. Al fine di rendere meglio l'idea è utile esaminare ancor più dettagliatamente i dati del 2019: a fronte di 542.511 processi iniziati dai pubblici ministeri, si sono avute in totale, tra noti e ignoti, ben 1.634.627 domande di rinuncia all'accusa. Il che sta, in sostanza, a significare che, nonostante il quadro evolutivo sopra descritto, il tasso di domande di archiviazione risulta ancora più che triplo rispetto a quello di formulazione dell'accusa.

dai G.I.P.[380] , e quanti vengano invece respinti[381]. I dati statistici riportati a piè di pagina dimostrano che anche nel decennio 2010-2019 la curva non è mutata, essendo statisticamente molto raro il rigetto di una richiesta di archiviazione[382].

Non si può fare a meno poi di rilevare come la trascurabile quantità degli ordini di formulare un'accusa ex articolo 409 c. 5 c.p.p. e delle restituzioni degli atti al pubblico ministero, faccia sorgere qualche dubbio sul modo in cui i GIP adempiono al loro compito di controllo del rispetto dell'obbligo di esercitare l'azione penale da parte dei pubblici ministeri[383].

Ulteriormente indiziante il dato dell'accoglimento delle richieste di archiviazione per infondatezza della *notitia criminis*, in ordine al quale emerge un andamento inverso[384] tra registri noti (modello 21) e ignoti (modello 44).

Posti questi numeri, si comprende perché il riformatore sia intervenuto in maniera decisa– oltre che sulle regole che presiedono alla decisione del GUP in udienza preliminare – sulla regola di giudizio che sovraintende alla richiesta di archiviazione, quale filtro "a monte" rispetto a vicende che non meritano di arrivare (all'udienza preliminare e quindi) a dibattimento.

---

[380] Dal raffronto, per i procedimenti iscritti nel registro noti, tra il numero di richieste di non esercizio dell'azione penale presentate dai pubblici ministeri tra il 2005 e il 2019, e quello dei provvedimenti di archiviazione emessi dai GIP – oggetto dell'indagine di Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE - emerge come, in pressoché tutto l'arco cronologico studiato (con la sola eccezione del triennio 2012-2014), la mole di archiviazioni disposte dagli uffici giudicanti sia stata persino superiore rispetto a quella delle domande depositate da parte degli accusatori.

[381] Già dal monitoraggio statistico ministeriale dei primi anni 90, era emerso che ai 1.410.290 provvedimenti archiviativi emessi dai tribunali nel periodo tra il 1989 e il 1995 con riguardo ai registri noti, corrispondevano solo 5.062 ordini di effettuare ulteriori indagini, nonché 2.945 provvedimenti di imputazione coatta ex articolo 409 comma 5, c.p.p. Per di più, un quadro analogo era stato messo in rilievo anche per quanto riguarda le notizie di reato concernenti soggetti ignoti. In merito a quest'ultime, erano stati rilevati nel medesimo periodo solo 6.127 ordini di iscrivere i procedimenti nel registro delle notizie di reato con autore identificato dai GIP, a fronte di 636.106 accoglimenti di rinuncia all'accusa.

[382] Nel quinquennio 2015-2019 sono state emanate in media oltre 1.800.000 archiviazioni all'anno con riguardo ai registri noti e ignoti, a fronte di un totale di provvedimenti di restituzione degli atti alla pubblica accusa e di ordinanze di imputazione coatta di soli 32.906 provvedimenti annui. La differenza tra gli ordini di grandezza dei due dati è tale che la quantità delle fattispecie in cui i GIP hanno resistito alle istanze di non formulazione dell'accusa è risultata inferiore al 2% dei casi in cui, invece, l'istanza di archiviazione è stata accolta.

[383] Come osservano M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 99, premesso che l'ipotesi più frequente di archiviazione è quella per essere rimasto ignoto l'autore del reato di cui all'articolo 415 c.p.p. (nel quinquennio 2015-2019 sono stati emanati, oltre 1.100.000 epiloghi archiviati di questo tipo), la seconda tipologia di archiviazione più applicata è costituita da quelle ex articolo 411 c.p.p. Nel solo 2019 i GIP presso i tribunali hanno emanato, per i registri noti, ben 284.371 provvedimenti di invio degli atti all'archivio rientranti in tale macro categoria, ossia oltre il 56% in più rispetto a quelli pronunciati sulla base dell'articolo 408 c.p.p.

[384] Se infatti per quanto concerne i noti è riscontrabile una linea di tendenza di riduzione (essendosi passati dai 207.623 provvedimenti del 2010, ai 182.124 del 2019), al contrario, con riguardo agli ignoti, la quantità di epiloghi di questo tipo è in aumento (alle 14.064 decisioni di invio in archivio del 2010 corrispondono le 27.703 del 2019). Comunque sia i dati provano che le archiviazioni "in fatto" costituiscono solo una minoranza.

1.9. Segue. L'incapacità drenante dell'udienza preliminare.

Ancora più risolutive le statistiche rese[385] in relazione alla (in)capacità dell'udienza preliminare di selezionare i fatti o le regiudicande meritevoli di processo, la cui *ratio* riposava – come anticipato – proprio nel preservare l'efficienza del sistema evitando dibattimenti inutili.

Confrontando i dati contenuti nel monitoraggio sul funzionamento del codice Vassalli compiuto nei primi anni novanta con le statistiche più recenti raccolte dal Ministero di Giustizia, si ricavano due considerazioni di particolare rilievo.

Anzitutto, che tra il 1990 e il 1995 il numero medio dei decreti che dispongono il giudizio (per la precisione 34.471) pronunciati annualmente fosse più che doppio rispetto a quello delle sentenze di non luogo a procedere (16.541). Inoltre i numeri ci dicono che, dopo la riforma dell'articolo 425 c.p.p. del 1993, si è verificato effettivamente un aumento (di circa il 14%) delle sentenze di non luogo a procedere, il che porterebbe a ritenere che tale novella abbia raggiunto il proprio proposito di drenare una quota maggiore di imputazioni azzardate. In realtà nel medesimo periodo si è verificata pure una crescita (ancora maggiore) dei decreti che dispongono il giudizio, aumentati del 19% rispetto al triennio precedente[386].

Ma la gravità del quadro emerge in modo ancor più netto se parametrata alla mole dei decreti che dispongono il giudizio, aumentato dal 2015 in poi in modo significativo, tanto che nel 2019 è stata persino superata la soglia dei 50.000 rinvii a giudizio annui (la crescita rispetto al 2014 è stata pertanto del 21%).

Quanto precede consente di affermare che l'ulteriore modifica dell'articolo 425 c.p.p. apportata dalla legge Carotti nel 1999 abbia fallito il suo scopo, emergendo dai dati statistici che - in modo analogo a quanto è accaduto per l'archiviazione - pure la capacità deflattiva dell'udienza preliminare è obiettivamente precipitata.

Per avere una indubbia prova di ciò basti pensare che, mentre tra il 1990 e il 1995[387] le sentenze di non luogo a procedere rappresentavano in media quasi la metà rispetto ai decreti che dispongono il giudizio, nel decennio 2010-2019 gli esiti liberatori di questo tipo non hanno raggiunto neppure la soglia di un quinto, ove paragonati ai rinvii al dibattimento. Anche in questo caso gli effetti negativi della limitata

[385] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 100.

[386] Come rilevano M. GIALUZ e J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 101, confrontando tali dati con quelli più recenti si evince che, tanto nei primi anni del nuovo millennio così come in tutto il decennio 2010-2019, il numero delle sentenze di non luogo a procedere si è attestato su valori assai inferiori rispetto ai primi anni di vigenza del codice Vassalli. La media degli esiti liberatori in questione è stata invero negli anni dieci di 8.333 provvedimenti annui, ossia una cifra più bassa di quasi il 50% rispetto al periodo 1990-1995.

[387] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 104.

funzione drenante dell'udienza preliminare si sono riversati sui giudici dibattimentali, chiamati a gestire un flusso comunque elevato di giudizi, nonostante la marcata riduzione delle sopravvenienze in procura determinatasi nel corso degli anni.

Si potrebbe tuttavia pensare che la sussistenza di una percentuale tanto bassa di sentenze di non luogo a procedere non sia per forza un dato patologico, in quanto lo stesso potrebbe essere frutto di un miglioramento della selezione a monte da parte dei pubblici ministeri delle notizie di reato per cui esercitare l'azione penale, secondo le regole rassegnate nel capitolo precedente.

La realtà, tuttavia - osservano Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE[388] - è assai diversa, essendo la percentuale di assoluzioni dibattimentali talmente esorbitante da suscitare seri dubbi sull'accuratezza del modo in cui – anche a causa del carico di lavoro abnorme - attualmente viene gestita la fase a monte, ovvero l'esercizio dell'azione penale.

Pare piuttosto che la scarsità delle sentenze di non luogo a procedere si spieghi alla luce di una maggiore tendenza dei GUP ad appiattirsi sulla posizione degli uffici di Procura, discostandovisi solo in casi rari.

È a questo proposito interessante riportare il rilievo di Ezia MACCORA e Giuseppe BATTARINO[389], secondo i quali è sufficiente calarsi nella quotidianità delle udienze preliminari alla italiana per assodare come detta aleatorietà non derivi dalla irrefragabile centralità gnoseologica del dibattimento, bensì dalla involuzione subita dalla udienza filtro, ormai momento di calendarizzazione delle udienze dibattimentali ad opera di un giudice «passacarte».

D'altro canto una precisa conferma di tale assunto emerge esaminando[390] il numero scarno di restituzioni degli atti al pubblico ministero ex articolo 421 bis c.p.p., che negli anni hanno subìto un vero e proprio crollo.

I dati oramai sono impietosi nel certificare il fallimento del filtro preliminare, dal momento che un'altissima percentuale di procedimenti si conclude con una sentenza di assoluzione o proscioglimento dibattimentale.

[388] M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 105.

[389] E. MACCORA, G. BATTARINO (1), *Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma*, in Quest. giust., 2021, 4, 137.

[390] Come osservano M. GIALUZ -J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 106, se infatti nel 2010 erano ancora state registrate in tutta Italia 1.658 fattispecie di questo tipo, dal 2014 in poi esse si sono ridotte drasticamente, tanto che nel 2019 se ne contano, in base ai dati ufficiali del ministero, solo quattro. Si tratta di una cifra talmente bassa da rendere evidente come il controllo sulla completezza delle indagini risulti del tutto privo di effettività; la capacità deflattiva della fase in esame si è ridotta anche a causa del fatto che neppure il diritto attribuito ai prevenuti di attivare i procedimenti premiali consensuali nell'ambito dell'udienza preliminare viene sfruttato con grande frequenza.

La rilevanza dei numeri effettivi in queste statistiche emerge anche dal fatto che – come rileva Rosita DEL COCO[391] - secondo l'allora Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, Giovanni SALVI, i risultati emersi dall'analisi dei dati riguardanti l'esercizio dell'azione e i suoi esiti dibattimentali nel 2019 erano originati da «*una non corretta informazione, derivante dalla imperfezione della raccolta e dell'analisi del dato, causata da una storica sottovalutazione dell'aspetto conoscitivo del sistema giudiziario*»[392], per cui le assoluzioni depurate dagli esiti non di merito sarebbero state «inferiori al 20% del totale»; al contrario, Cristiana VALENTINI[393], analizzando dati (non pubblicati, ma ottenuti dopo richiesta di ostensione) dalla *Direzione Generale di Statistica* sull'alternativa tra azione e archiviazione aveva rilanciato che i procedimenti penali del 2019 si erano conclusi con una sentenza di assoluzione ex art. 530 c.p.p. in un numero di casi ben più ampio di quelli prospettati dal P.G. Infatti, l'analisi incrociata dei dati aveva dimostrato che il numero di proscioglimenti sul numero totale di definizioni aveva interessato il 36, 6 % delle pronunce, una percentuale «ben lontana da quella del 20% prospettata dal Procuratore generale». Se poi al numero di proscioglimenti ex. art. 530 c.p.p. fossero stati aggiunti anche quelli derivanti dall'art. 531 c.p.p., corrispondenti circa al 25 % del totale[394], la percentuale delle sentenze di proscioglimento emesse in primo grado avrebbe superato la soglia del 50%, confermando i numeri presentati nel corso della inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 dall'allora Primo Presidente di Cassazione Pietro CURZIO.

Con questi numeri – coerenti anche con i dati statistici relativi a singoli uffici giudiziari[395] - è davvero facile comprendere perché la riforma Cartabia abbia ritenuto necessario modificare ancora una volta il criterio di valutazione di cui devono servirsi i GUP nei casi previsti dal comma 3 dell'art. 425 c.p.p., non essendo l'udienza preliminare idonea a filtrare, a valle, i fatti selezionati come penalmente rilevanti dal P.M. in sede di iscrizione della *notitia criminis*.

1.10. L'iter legislativo delle "ragionevoli previsioni" di condanna.

Dopo aver rassegnato le ragioni "strutturali" poste a base dell'inefficienza ed inefficacia dell'udienza preliminare (e della richiesta di archiviazione), e prima di affrontare l'esegesi della nuova regola, è

[391] R. DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare, in Riforma Cartabia, analisi delle l.n. 134 del 2021*, fasc. 1/2022, Processo Penale e Giustizia, Giappichelli.

[392] G. SALVI, *Intervento del procuratore generale della corte suprema di cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell' anno 2019*, www.cortedicassazione.it.

[393] C. VALENTINI (1), *op. cit.* 18.

[394] Eurispes, *Rapporto sul processo penale*, 2020, 45.

[395] E. MACCORA - G. BATTARINO (2) - *La nuova udienza preliminare tra interpretazione normativa e interpretazione organizzativa*, in Questione Giustizia 2/2023, pag. 3 - ricordano come anche nel distretto della Corte d'appello di Milano la percentuale di assoluzioni rilevata è sempre superiore al 30% e, in alcuni casi, si attesta anche intorno al 50%, come per Lecco e Como, arrivando fino al 56% per Varese. Dati che rimandano a una riflessione seria sul funzionamento del processo penale e sulla occasione, offerta dalla riforma, di operare affinchè non prosegua tutto quello che oggi inutilmente sfocia nel dibattimento penale e si conclude con una sentenza di assoluzione.

opportuno ripercorrere brevemente il procedimento di formazione della norma poi esitata nelle "ragionevoli previsioni di condanna", per comprendere quanto la portata semantica della formula licenziata dal legislatore possa effettivamente guidarci nella soluzione del problema.

Solo un cenno merita nelle premesse la circostanza per la quale la legge delega del 27 settembre 2021 n. 134 costituiva l'epifenomeno di una serie di elaborati normativi: sull'originario progetto di legge Bonafede[396] era infatti intervenuta, modificandola (in ragione del mutato quadro politico e delle indicazioni provenienti dal PNRR concordati dal Governo con la Commissione Europea), la proposta della Commissione Lattanzi, poi oggetto, a sua volta, di ulteriori modifiche mediante successivi emendamenti governativi[397], che hanno più volte modificato il tenore della formula poi licenziata al comma 3 dell'art. 425 (all'art. 408 e 554 *ter*) c.p.p.

Le ragioni di tanta attenzione da parte del legislatore sono da inscriversi nell'esigenza di efficientare il sistema giustizia, circostanza che non per forza assume una connotazione negativa[398] .

1.11. Segue. L'antenato delle ragionevoli previsioni di condanna: «gli elementi acquisiti non sono sufficienti al fine della condanna» (art. 115 disp. att. c.p.p. nel progetto preliminare del codice Vassalli).

Introduciamo sin da ora un dato storico non completamente irrilevante, ovvero che in tempi non sospetti - e cioè ancor prima della introduzione del codice del 1988 – si era già dibattuto se calibrare la prognosi dell'udienza preliminare sulla condanna dell'imputato anziché sull'utilità del dibattimento, come poi sarebbe stato proposto quasi 35 anni dopo.

Nel progetto preliminare del codice Vassalli infatti, l'art. 115 disp. att. c.p.p. – che poi sarebbe diventato l'art. 125 disp. att. c.p.p. - imponeva al pubblico ministero di richiedere l'archiviazione qualora avesse

[396] Disegno di legge presentato il 13 marzo 2020 alla Camera dei deputati dall'allora Ministro della giustizia Bonafede.

[397] *Ex plurimis*, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto, cit.* pagg. 1-90.

[398] C. SOTIS (3), op. cit. pag. 1462, osserva con favore il fatto che l'efficienza, quale obiettivo della giustizia, sia stato al centro del recente dibattito legislativo, aggiungendo come occorre «...*affermare con nettezza che il problema dell'efficienza sia un problema di giustizia e avere chiaro un punto fermo che, anche a livello retorico, per la sua banalità, penso sia sottoscrivibile da chiunque, cioè che l'efficienza sia un parametro di legittimazione negativo della giustizia. In altre parole, se l'efficienza non è condizione sufficiente della giustizia poiché un sistema penale può essere efficiente, ma non per questo giusto, senza dubbio alcuno, però, un sistema penale inefficiente è, per ciò solo, ingiusto. Il problema dell'inefficienza, quindi, è questione di civiltà giuridica che non autorizza a pensare che le ragioni della giustizia finiscano dove iniziano quelle dell'efficienza. L'aspetto è da tenere presente, considerato che la diffusa diffidenza nei confronti dell'efficienza nasce proprio dal timore che le esigenze ad essa sottese finiscano per travolgere i presupposti di funzionamento imposti dai principi costituzionali; insomma, che le ragioni dell'efficienza si contrappongano a quelle della, non meglio definita, giustizia...*».

ritenuto che gli elementi acquisiti "non erano sufficienti al fine della condanna dell'imputato", formula che aveva tuttavia suscitato riserve in dottrina[399] perché sottendeva l'omologazione di regole chiamate ad operare in fasi diverse[400].

Tale impostazione veniva poi notoriamente abbandonata nel testo definitivo del codice Vassalli in favore della regola decisoria della sostenibilità dell'accusa in giudizio, in quanto la valutazione del pubblico ministero doveva secondo il codificatore muoversi verso l'idoneità delle indagini a sostenere l'impostazione accusatoria piuttosto che esprimere un giudizio sulla responsabilità penale dell'indagato[401].

In altri termini, prima ancora della entrata in vigore del codice del 1988 ci si era posti il problema della ragionevolezza di una udienza preliminare destinata ad essere *ex post* inefficiente perché basata sulla innocenza "evidente"[402].

La scelta del codificatore nel 1988 era quindi stata consapevole: il parametro di valutazione del GUP era ancorato non casualmente all'utilità del dibattimento anziché alla colpevolezza dell'imputato, vale a dire, era finalizzato ad una "meritevolezza" di processo slegata dalle *chances* di condanna o di assoluzione[403]. Dovevano passare molti lustri, le numerose interpolazioni all'art. 425 c.p.p. e i dati impietosi rassegnati da Mitja GIALUZ e Jacopo DELLA TORRE per tornare ad occuparsi del problema, con la riforma Cartabia.

---

[399] M. ARCARO, op. cit. pag. 5.

[400] cfr. Parere del C.S.M. al Prog. Prel. n. att. c.p.p., in *Doc. Giust.*, 1990, 2 – 3, 127.

[401] E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25 gennaio 2022, pag. 13.

[402] Questo passaggio non era naturalmente sfuggito alla Consulta, che nella sentenza Corte Cost. n. 88 del 1991, in Banca dati De Jure, aveva osservato come: «*l'art. 115 disponeva che "*il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati*", mentre l'art. 125 del testo definitivo dispone che "*il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perchè gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio*". È evidente, innanzitutto, che la formula iniziale comportava che all'oggetto proprio della valutazione del pubblico ministero circa i risultati delle indagini ai fini dell'esercizio, o no, dell'azione si sostituisse l'oggetto proprio della valutazione del giudice, che investe, appunto, la sufficienza delle prove per la condanna: e ciò in netta contraddizione con il fatto che, nel sistema del codice, quest'ultimo giudizio è frutto di un materiale probatorio da acquisire nel dibattimento*».

[403] Come osservato da Rosita DEL COCO, op. cit. 89, proprio la consapevolezza dei pericoli insiti nella omologazione tra regole di giudizio destinate ad operare in fasi distinte, e con finalità diverse, aveva indotto i *conditores* a privilegiare, non senza una buona dose di ipocrisia legislativa, la formulazione della regola poi contenuta nel codice, che faceva leva sulla inidoneità probatoria; parametro finora inteso, nella lettura avallata dalla prevalente giurisprudenza costituzionale e di legittimità, alla stregua di un giudizio di non superfluità del dibattimento, privo di diretta attinenza al merito.

1.12. Segue. "Le ragionevoli previsioni di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio" (D.D.L. n. A.C. 2435 del 13.3.2020 Bonafede).

La prima tappa del dibattito esitato nella formula oggetto della nostra indagine è costituita dal disegno di legge[404] presentato dall'allora Ministro della Giustizia Alfonso BONAFEDE con il n. 2435 del 13.3.2020, recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello.*

Già prima della riforma - che avrebbe giornalisticamente mutuato il nome dalla successiva Ministra della Giustizia, Marta CARTABIA - il legislatore sentiva forte il bisogno di cambiare le regole delle fasi in esame, per le ragioni pratiche sopra meglio rassegnate, ancorando le relative regole di valutazione non più alla sostenibilità dell'accusa in giudizio, bensì alla prognosi di condanna in sede dibattimentale, in chiave efficientistica[405].

Nella proposta si rappresentava anzitutto l'esigenza di demandare «*al legislatore delegato la definizione di regole di giudizio più rigorose per l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e per la pronunzia del decreto che dispone il giudizio da parte del giudice dell'udienza preliminare».* Tale finalità veniva perseguita in quanto «*in entrambi i casi – rispettivamente disciplinati dall'articolo 125 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, e dall'articolo 425, comma 3, del codice di procedura penale – si intende evitare la celebrazione di processi penali sulla base di elementi che non siano sufficienti per giustificare una condanna»*[406].

È in questa fase che appare la formula "*ragionevoli previsioni di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio*".

Pertanto «*si prevede(*va)*, in tal senso,* che fosse *richiesta (e disposta) l'archiviazione o che* non fosse *disposto il giudizio (ma emessa sentenza di non luogo a procedere) quando gli elementi acquisiti* risultavano *insufficienti, contraddittori o comunque non consentivano una ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio».* Non sarebbe più stata richiesta la sola sostenibilità dell'accusa in giudizio quale parametro per l'esercizio dell'azione penale o per il rinvio a giudizio, occorrendo che il pubblico ministero e il giudice dell'udienza preliminare fossero in grado di prevedere che il giudizio dibattimentale si concludesse con una sentenza di condanna del responsabile».

Il legislatore antecedente alla riforma Cartabia non poteva essere più chiaro.

---

[404] Relazione al D.D.L. A.C. 2435, pag. 23 in www.cameradeideputati.it

[405] E. N. LA ROCCA, op. cit. pag. 25

[406] Relazione al D.D.L. A.C. 2435, pag. 23.

Nella originaria articolazione del disegno di legge A.C. 2435, il criterio di valutazione di cui agli artt. 125 disp. att. c.p.p. e 425 comma 3 c.p.p. era ancorato alla «*ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio*», formula che — similmente alla «*ragionevole previsione di condanna*» — postulava la prova della responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio, ma non involgeva anche il profilo della concreta attuazione della pretesa punitiva, cioè non consentiva ad es. di considerare la imminente prescrizione del reato.

Al di là del dato terminologico, la finalità perseguita dal D.D.L. Bonafede era chiaramente proiettata verso l'*in dubio contra actionem*.

In tal senso anche la Relazione tecnica al D.D.L., che all'art. 3 rassegnava come «*la disposizione è diretta a rivedere i presupposti di applicazione della regola di presentazione della richiesta di archiviazione ai sensi dell'articolo 125 delle disp. att. c.p.p. nonché della pronuncia di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p. legandoli a parametri più favorevoli al prevenuto*». Quindi non solo finalità deflattiva, ma parametri favorevoli all'indagato e all'imputato, atteso che[407] "*il procedimento non può essere iniziato e quindi l'azione penale non deve esprimersi o il decreto che dispone il giudizio non può essere emesso, qualora non vi siano elementi di accusa non solo sostenibili nel corso del dibattimento, ma anche tali da far prevedere che il giudizio si concluda con l'emissione di una sentenza di condanna nei confronti del suddetto prevenuto: la finalità è di abbattere sensibilmente la mole del carico di lavoro che ingolfa gli uffici giudiziari eliminando quei procedimenti destinati a concludersi con decisioni assolutorie di cui già a monte si possono intravedere i presupposti…*».

La proposta del disegno di legge Bonafede quindi era: da un lato, finalizzata ad alleggerire il carico di lavoro e di incapacità drenante tanto della richiesta di archiviazione quanto dell'udienza preliminare; dall'altro, dichiaratamente *pro reo*, spostando la valutazione prognostica dall'utilità del dibattimento alla condanna dell'imputato[408].

---

[407] Relazione al D.D.L. A.C. 2435, pag. 23.

[408] Secondo C. NAIMOLI - *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc*., 2022 - l'obiettivo, tra quelle maglie normative, scontava tuttavia il vago richiamo al criterio della previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria che, ancorato ad un giudizio in chiave prognostica, non consentiva di definire con chiarezza quanto concretamente si allontanava dall'allora vigente vaglio di idoneità a sostenere l'accusa in giudizio. Mentre secondo G. CORETTI, op. cit. pag. 16 e ss., da un lato, se la nuova regola di giudizio nasceva con lo scopo di abortire sin da subito quei processi destinati ad avere esiti assolutori scontati, quello della "ragionevole previsione di non accoglimento delle prospettazioni accusatorie" appariva come un criterio vago, che probabilmente nulla avrebbe potuto aggiungere al vaglio prognostico "di pura facciata" che il giudice operava ante riforma, nella maggior parte dei casi, per decidere sul rinvio a giudizio; dall'altro, giudicare utili solo quei dibattimenti che si concludono con la condanna ed *in toto* inutili quelli che non terminano con un'affermazione di responsabilità dell'imputato significava prendere atto del fallimento del sistema accusatorio: «*si nega la valenza epistemica del dibattimento, si ripudia il senso e il significato del principio del contraddittorio nella formazione della prova e si disconosce il valore della "falsificazione dell'ipotesi" come metodo scientifico di ricostruzione dei fatti*».

Si potrebbe concludere che, pur utilizzando termini diversi (*ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio*), il tenore del disegno di legge Bonafede era in realtà molto simile a quanto poi il legislatore della Cartabia avrebbe licenziato circa 2 anni dopo con le *ragionevoli previsioni di condanna*, formula che però – come vedremo – comprende anche la prognosi circa la concreta pretesa punitiva dello Stato, non solo la condanna dell'imputato, abbracciando quindi ipotesi eterogenee di proscioglimento come le cause di non punibilità.

1.13. Segue. Gli «elementi tali da determinare la condanna» (Relazione finale della Commissione Lattanzi al D.D.L. A.C. 2435).

Modificando il testo dell'iniziale disegno di legge n. A.C. 2435, la "Commissione Lattanzi"[409] nella *Relazione finale e proposte di emendamenti* datata 24.5.2021, aveva proposto di correggere il criterio di giudizio di cui all'art. 425 comma 3 c.p.p., eliminando, in particolare, il riferimento alla ragionevolezza della prognosi di condanna, da «*elementi che non consentono la ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio*» a «*elementi tali da determinare la condanna*»[410] (art. 3 c. 1 lett. a), modifica che[411] appariva orientata a privilegiare la prospettiva statico-diagnostica della valutazione, pur nella consapevolezza della ineliminabile componente prognostica che caratterizza tutte le decisioni intermedie sulla vicenda procedimentale.

La Commissione era intervenuta anzitutto sulla fase della richiesta di archiviazione, valorizzando il principio di tendenziale completezza delle indagini e ancorando la regola di valutazione ad una sorta di diagnosi prognostica[412]. Nella Relazione[413] finale si osservava infatti «*con particolare riguardo al parametro per le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale…* che*, alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà*

[409] Costituita, come anticipato al capitolo precedente, con decreto del 16 marzo 2021 presso l'Ufficio legislativo del Ministero per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari prendenti presso le corti di appello*.

[410] cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti* al d.d.l. A.C. 2435, p. 16 ss.

[411] R. DEL COCO, op. cit. 88.

[412] Cfr. S. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in Sistema Penale, 23.5.2023, pagg. 1-19.

[413] *Relazione finale*, cit. pag. 20.

chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento…».

Né dalla disamina dei lavori preparatori potevano residuare dubbi sul richiamo del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio[414] già alla fase della richiesta di archiviazione, atteso che «*al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione. In tal modo viene valorizzata l'istanza di efficienza processuale propria dell'istituto dell'archiviazione, senza intaccare il canone di obbligatorietà dell'azione penale, che viene tutelato, per un verso, dal controllo del giudice sulla completezza delle indagini e, per l'altro, dalla possibilità di una loro riapertura*».

Dunque un chiaro ed inequivoco cambio di rotta del riformatore già per quanto riguarda la fase della richiesta di archiviazione, con la modifica terminologica da «*elementi che non consentono la ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio*», a «*elementi tali da determinare la condanna*», senza tuttavia particolari chiarimenti quanto alla *ratio* della modifica[415].

Ma la Commissione era intervenuta ancora più decisamente sulla fase dell'udienza preliminare, valorizzando i dati statistici sopra meglio rassegnati, non facendone mistero, ma anzi ponendoli a chiara concausa della esigenza di efficientamento della fase. Nella Relazione[416] si afferma infatti che «*il netto mutamento di rotta trae origine dalla profonda riflessione avviata da tempo e in tutte le sedi, circa l'inefficacia dell'udienza preliminare a svolgere il ruolo filtro attribuitole dalla sistematica del codice del 1988. Nonostante i plurimi interventi di modifica, dopo trent'anni i dati statistici sono impietosi e dimostrano che, nei casi in cui l'udienza preliminare si conclude con un rinvio a giudizio (ossia nel 63% dei casi), essa genera un aumento di durata del processo di primo grado di circa 400 gg. Complessivamente, l'udienza preliminare filtra poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei*

[414] F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"*, in *Arch. pen*, 10 marzo 2022.

[415] Come osserva P. FERRUA (1), op. cit. 66, sulla premessa che le fondamenta della riforma e degli obiettivi che persegue si radicavano in una efficace gestione della fase delle indagini preliminari, la legge delega aveva superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale attraverso una modifica delle regole di giudizio per l'archiviazione e per il non luogo a procedere, di talché rispettivamente il P.M. doveva richiedere e il G.U.P. adottare tali provvedimenti quando gli elementi acquisiti "non sono tali da determinare una condanna". Secondo M. BONTEMPELLI, op. cit., p. 1151, la precedente formulazione della direttiva non avrebbe potuto dare spazio a un giudizio diagnostico, strutturalmente incompatibile con l'archiviazione (e con la sentenza di non luogo a procedere).

[416] Relazione finale, cit. pag. 21.

quali è prevista e non incide peraltro in modo significativo sul tasso dei proscioglimenti in dibattimento...».

Vale a dire, si prende atto dell'incapacità dell'udienza preliminare di filtrare le regiudicande deboli, a prescindere dalle cause strutturali.

Partendo da tale innegabile dato, la Commissione proponeva una modifica che «*...si articola in una duplice direzione: per un verso, una ragionevole limitazione dell'ambito applicativo dell'udienza preliminare; per altro verso, una ristrutturazione dell'istituto stesso, con la rielaborazione della regola di giudizio per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere – che viene allineata all'analoga previsione in sede di archiviazione e quindi risulta basata, pur nella diversità del momento, sulla medesima valutazione di sufficienza degli elementi raccolti ai fini della condanna in dibattimento - e con la regolamentazione di uno spazio di controllo giurisdizionale e in contraddittorio, sull'imputazione formulata dal pubblico ministero. Infatti, il giudice dell'udienza preliminare dovrà anzitutto verificare il rispetto dei requisiti minimi dell'accusa individuati dall'art. 417, comma 1, lett. b, c.p.p. e rilevare, anche d'ufficio, l'eventuale nullità ex art. 180 c.p.p. della stessa, che potrà essere sanata dal pubblico ministero con un tempestivo intervento integrativo. Inoltre, l'udienza preliminare potrà essere la sede per puntualizzazioni che, consentendo una più precisa descrizione dei fatti - così come emergono dagli atti di indagine - favoriscano l'eventuale definizione con rito alternativo e, in caso di rinvio a giudizio, il pieno rispetto dei diritti della difesa...».*

La Commissione operava una scelta ponderata tanto in relazione alla unificazione delle regole per le fasi della archiviazione e dell'udienza preliminare, quanto in ordine all'onere del GIP e GUP di intervenire a corollario dell'attività spesa dal P.M. per rendere il filtro efficace e l'istituto efficiente.

Ciò in quanto «*la richiesta di rinvio a giudizio costituirà atto formale di esercizio dell'azione penale soltanto per le fattispecie di competenza della corte d'assise e di quelle attribuite alla cognizione del tribunale in composizione collegiale. Solo in relazione a tali fattispecie (e a quelle che, pur attribuite alla composizione monocratica del tribunale, saranno specificamente individuate dal legislatore delegato) sarà infatti mantenuta la celebrazione dell'udienza preliminare, caratterizzata dalla nuova regola di giudizio che impone la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere in tutti i casi in cui gli atti non appaiono tali da determinare la condanna. Nei procedimenti con udienza preliminare, questa rappresenterà il termine ultimo per la costituzione di parte civile dei legittimati, in modo da consentire a tutte le parti un più effettivo esercizio del diritto alla prova».*

Il problema è che nella Relazione finale del monumentale lavoro posto in essere dalla Commissione Lattanzi, di *ragionevoli previsioni di condanna* non si parla.

La modifica interveniva infatti, in "zona cesarini", durante l'ultimo passaggio da Governo a Parlamento prima della approvazione della legge delega.

1.14. Segue. La legge 134 del 2021: *Le ragionevoli previsioni di condanna* (modifica alla proposta della Commissione Lattanzi).

Le proposte della Commissione Lattanzi venivano discusse in sede parlamentare per valutazione finale ed emendamenti, quindi approvate dal Governo su proposta della Ministra CARTABIA e infine recepite nella legge delega n. 134 del 2021.

La stragrande maggioranza dell'articolato normativo proposto dalla Commissione veniva trasfuso senza modifiche nella legge delega, salvo rare eccezioni, tra le quali proprio le norme aventi ad oggetto le regole di valutazione giudiziale in sede di archiviazione e di udienza preliminare.

L'art. 1 c. 9 lett. a) e lett. m) della legge delega infatti, in maniera distonica rispetto alla relazione finale – nella quale, come sopra rassegnato, si prevedevano «elementi tali da determinare la condanna», rispettivamente per la richiesta di archiviazione e per l'udienza preliminare – disponeva a sorpresa la modifica delle relative regole di giudizio, ponendo quale presupposto della richiesta di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere la circostanza per la quale gli «*elementi acquisiti (nelle indagini) non consentono una ragionevole previsione di condanna*».

Dai lavori parlamentari poco emerge in ordine alle ragioni di tale "colpo di scena".

Il bollettino ufficiale delle Giunte e delle Commissioni parlamentari rassegna semplicemente che il 30 luglio 2021 era stata discussa e approvata la proposta subemendativa dell'On.le ZANETTIN al disegno di legge[417], il quale aveva proposto di sostituire all'art. 3 comma 1 lettera a) le parole: «*ai sensi dell'articolo 125 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari risultano insufficienti o contraddittori o comunque non consentono una ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria nel giudizio, con le seguenti: prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna*».

[417] Cfr. 0.1.500.78. Zanettin, Cassinelli, Cristina, Pittalis, Siracusano, Rossello, Giannone, allegato al bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari, n. 636 del 30.7.2021, pag. 39 e ss.

La formula rilasciata dalla legge delega si caratterizzava per una doppia anima: diagnostica e prognostica, sulla cui combinazione la dottrina[418] ha molto dibattuto.

Nella previsione contenuta nella legge delega il criterio della ragionevole previsione di condanna impegnava il giudicante in un esercizio di merito in funzione (dell'archiviazione o) del proscioglimento, nel senso che l'indagato/imputato avrebbe dovuto essere rinviato a giudizio solo quando gli elementi raccolti fossero dotati di una consistenza tale da poter prevedibilmente fondare nel futuro dibattimento un giudizio di penale responsabilità.

L'accentuazione dei poteri cognitivi previsti dalla regola licenziata dalla legge delega implicava che il P.M. e il G.U.P. dovessero verificare la tenuta delle risultanze e l'idoneità di queste, non solo a sostenere l'accusa in dibattimento ma a condurre – in ragione della loro persuasività – ad un giudizio di condanna oltre ogni ragionevole dubbio.

Il portato della legge delega aveva tuttavia generato da subito dubbi, soprattutto per la compatibilità delle modifiche con l'impianto accusatorio del nostro processo, atteso che eliminare la prospettiva di dinamico accrescimento del quadro probatorio ai fini della sostenibilità dell'accusa in giudizio, avrebbe trasformato i momenti anteriori al dibattimento in decisioni sul merito dell'accusa[419], alla luce del quadro investigativo raccolto; obiettivo questo, che avrebbe sicuramente portato – in armonia, del resto, con le intenzioni del legislatore – ad un decongestionamento del carico processuale, e quindi ad una valorizzazione dell'efficienza, ma, altresì, condotto ad una distorsione sistematica volta a rilegare il

[418] A proposito del testo finale, secondo G. L. GATTA (1) - *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia*", in Sistema Penale, 15.10.2021, pag. 9 - la prospettiva rimane prognostica ma valorizza il momento diagnostico: il p.m. deve portare l'indagato davanti al giudice non per cercare la prova o corroborare gli elementi acquisiti, bensì solo se ritiene che ragionevolmente, sulla base degli elementi già acquisiti – allo stato degli atti, come nel giudizio abbreviato – il giudice pronuncerebbe una sentenza di condanna. La *ratio* della riforma è qui di rendere più rigoroso il filtro all'esito delle indagini preliminari, per evitare che procedimenti male istruiti o poco istruiti in fase d'indagine possano essere avviati alla fase processuale, con inutile dispendio di tempo ed energie e, naturalmente, con danni per le persone sottoposte ad indagini, che sopportano "la pena del processo". L'elevata percentuale delle assoluzioni in primo grado è una spia di inefficienza del sistema che il legislatore ha tenuto in considerazione, cercando di porvi un rimedio. R. KOSTORIS, op. cit. pag. 15 osserva come, nonostante la Relazione illustrativa avesse provato a presentare la nuova formula impiegando l'ossimoro della "diagnosi prognostica" essa sembra piuttosto alludere ad una diagnosi da condurre *hic et nunc* con i parametri dibattimentali, che, infatti, venivano espressamente richiamati dalla Relazione. La tutela del principio di obbligatorietà dell'azione penale non è più garantita dal *favor actionis* (principio a cui si rapporta quello dell'utilità del dibattimento), ma dal *favor investigationis*: questa interversione tra strumento (l'investigazione) e fine (l'azione) che stride dal punto di vista logico, appare tuttavia come una ferma risposta agli abusi nell'esercizio dell'azione che si verificano sistematicamente nella prassi. C. NAIMOLI op. cit. pag. 833, osserva come la componente prognostica ci sarebbe stata anche tra le maglie della precedente formulazione contenuta nella proposta della Commissione Lattanzi, posto che la premessa inferenziale di qualsiasi prognosi è pur sempre una diagnosi. Secondo C. SANTORIELLO, op. cit pag. 2 - la prospettiva del giudizio mantiene una direttrice prognostica ma al contempo risulta valorizzato il momento diagnostico: il pubblico ministero deve portare l'indagato davanti al giudice non per cercare la prova o corroborare gli elementi acquisiti, solo se ritiene che ragionevolmente, sulla base degli elementi già acquisiti – allo stato degli atti, come nel giudizio abbreviato – il giudice pronuncerebbe una sentenza di condanna.

[419] F. MORELLI, *op. cit.* pag. 25.

contraddittorio dibattimentale in un'ottica non solo di eventualità ma di mera eccezionalità, dai contorni valutativi di merito sostanzialmente anticipati, e quindi a porre problemi di ragionevolezza, attesa la immutata impalcatura strutturale del nostro rito (e l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale).

1.15. Il testo finale recepito dal D. lgs. 150/2022.

Alla legge delega n. 134 del 27 settembre 2021 il Governo dava attuazione con uno schema di decreto approvato all'unanimità il 4 agosto 2022[420], che veniva implementato con Decreto Legislativo n. 150 del 10.10.2022[421], poi differito nell'efficacia con il D.L. 31.10.2022 n. 162 al 31.12.2022 dal Governo nel frattempo insediatosi[422], data in cui la riforma Cartabia entrava a pieno regime[423], portandosi dietro il suo carico di ambizioni, speranze e remore[424] per la riuscita di alcune modifiche di rilevante portata, tra le quali sicuramente quelle afferenti le regole in esame.

Intanto non vi è da stupirsi quanto al recepimento, da parte del riformatore, della formula indicata nella legge 134/2021, atteso che la delega legislativa era talmente dettagliata da non lasciar margini di manovra al legislatore delegato, il quale non avrebbe potuto fare altro che recepire la formulazione della regola di giudizio così com'era stata indicata dal Parlamento, senza alcuna rimodulazione; pena, altrimenti, l'eccesso di delega[425].

---

[420] cfr. *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, pag. 77, 10.8.2022.

[421] cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150*, in Gazzetta Ufficiale, Supplemento straordinario n. 5, Serie Generale n. 245 del 19.10.2022, pagg. 177-597.

[422] La scelta dell'esecutivo aveva suscitato diverse opinioni contrarie, tra le quali quella dell'Associazione Professori di Diritto Penale, che aveva affidato ad un comunicato le ragioni del dissenso, cfr. *Comunicato AIDP 4 novembre su d.l. n. 162/2022*, www.aipdp.it .

[423] Critico per il mancato coordinamento delle novità apportate al codice di rito con la disciplina prevista per il processo a carico degli enti, N. G. ORSI, *Le indagini e l'udienza preliminare nel processo a carico degli enti a seguito della riforma Cartabia*, in Sistema Penale, n. 10/2023, pagg. 103 e ss.

[424] F. MORELLI, *op. cit.* pag. 28 rileva come l'udienza preliminare non sembra in grado filtrare alcunché, poiché la quantità esorbitante di atti che un'indagine produce non permetterà mai al giudice di sbarazzarsene con disinvoltura, per quanto chiare siano le direttive legali in merito. Quindi l'indagine non va pensata nell'ottica di questa sua preliminare verifica, ma unicamente nell'ottica della sua utilità al dibattimento. Ancora una volta, è fonte di perplessità che l'indagine sia calibrata sulla fine della fase preliminare e non sul momento centrale del processo. Questa assolverà al suo compito, e svolgerà il suo ruolo. Starà poi all'udienza preliminare assumerne uno in modo autonomo ed indipendente, in relazione alla funzione sua propria. Se il sistema vuole recuperare coerenza, probabilmente dovrà recuperare l'autentica sostanza del rapporto strumentale tra indagine e dibattimento, senza ulteriori condizionamenti. Ma – si chiede l'autore – difficile sarà comprendere qual'è l'impostazione ideale dell'indagine preliminare in vista del dibattimento, cosa significa che essa deve essere funzionale rispetto al dibattimento e non altro.

[425] Così M. CECCHI, op. cit., pag. 8.

La formula rilasciata dal D. Lgs. 150/2022, in continuità con quella della legge delega, permane ad essere di natura mista (diagnostico/prognostica)[426], dovendo il P.M. e il GIP (nella fase della archiviazione), il GUP (in udienza preliminare) ed il Giudice (nell'udienza predibattimentale) effettuare una valutazione prognostica, questa volta però collegata alla previsione di cui al primo comma dell'art. 533 c.p.p., secondo cui il giudice emette sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Si richiede perciò al pubblico ministero ed ai giudici di effettuare una valutazione non più della generica sostenibilità dell'accusa in giudizio, ma dell'esistenza - anche in caso di fondatezza della notizia di reato - di elementi sufficienti per giustificare, al di là di ogni ragionevole dubbio, una sentenza di condanna.

La conseguenza è che ogni scenario probatorio dubbio parrebbe condurre verso l'archiviazione e il non luogo a procedere, in linea con la *ratio* della riforma che è quella di rendere più rigoroso il filtro all'esito delle indagini preliminari, per evitare che procedimenti male istruiti o poco istruiti in fase d'indagine possano essere avviati alla fase processuale, con inutile dispendio di tempo ed energie e, naturalmente, con danni per gli indagati che sopportano "la pena del processo".

La necessità di una "diagnosi prognostica" vale naturalmente anche per la fase della richiesta di archiviazione (come vedremo al par. 2 sez. II), che la nuova formula tende a rendere efficiente senza mettere a rischio il canone di obbligatorietà dell'azione penale, comunque tutelato: per un verso, dal controllo del giudice sulla completezza delle indagini e, per altro, dalla possibilità di una loro riapertura[427].

> Come vedremo nella parte conclusiva della presente indagine, il tenore delle regole di valutazione licenziate dal riformatore ha generato il diffuso timore che proiettare il pubblico ministero nella logica della decisione dibattimentale potrebbe significare collocarlo in una dimensione molto distante dalla fisionomia del processo

[426] In tal senso A. MAURO, in *Relazione su novità normativa, La Riforma Cartabia*, a cura dell'Ufficio del massimario della Corte Suprema di Cassazione, Rel. N. 2/2023, 5.1.2023, pag. 74.

[427] In merito a tale ultima evenienza il legislatore è intervenuto, su invito del legislatore delegante, a prevedere in argomento criteri più rigorosi, modificando il testo del primo comma dell'art. 414 c.p.p. e stabilendo che «*la richiesta di riapertura delle indagini è respinta quando non è ragionevolmente prevedibile la individuazione di nuove fonti di prova che da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare l'esercizio dell'azione penale*». Dopo il secondo comma poi è stato introdotto il comma 2-*bis* secondo cui «*gli atti di indagine compiuti in assenza di un provvedimento di riapertura del giudice sono inutilizzabili*». Tali disposizioni trovano applicazione solo per il procedimento nei confronti di soggetti individuati, dovendosi ritenere, invece, che nel procedimento contro ignoti, «*ove sia stato emesso provvedimento di archiviazione per essere rimasti sconosciuti gli autori del reato, non è richiesta l'autorizzazione alla riapertura delle indagini del giudice per le indagini preliminari*», e ciò in quanto, per tali procedimenti, l'archiviazione ha solo la funzione di legittimare il congelamento delle indagini e non preclude lo svolgimento di ulteriori attività investigative (Cass. Sez. 1, n. 42518 del 14/07/2022, Beneduce, in banca dati De Jure).

accusatorio rilasciato dal codice Vassalli[428]. Non è più, infatti, la ragionevole evoluzione degli atti investigativi verso la condanna che muove la scelta tra azione e inazione, essendo piuttosto l'attitudine degli atti investigativi, nella loro dimensione statica, a fondare un giudizio di condanna. In tal modo però si corre il rischio di eclissare il valore del contraddittorio come meccanismo epistemico fondamentale per la formazione della prova e, con esso, il valore del dibattimento come sede di operatività di un principio — quello della prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio — che può razionalmente concepirsi e funzionare come garanzia — anche della qualità dell'accertamento — solo se l'interessato sia stato messo nelle condizioni di poter compiutamente esercitare il proprio diritto di difesa.

Il principio del superamento del dubbio ragionevole ex art. 533 c. 1 c.p.p. a valle, è destinato ad incidere sulla valutazione operata a monte per il rinvio a giudizio dell'imputato[429], perché riflette la consistenza della valutazione sul merito delle risultanze e il limite della proiezione di queste nel futuro dibattimentale: il richiamo alla ragionevole previsione di condanna segna un livello minimo di concludenza del materiale raccolto a sostegno dell'ipotesi accusatoria, al di sotto del quale non si potrebbe semplicemente confidare in uno sviluppo euristico dibattimentale, ma l'alternativa andrebbe sciolta in senso favorevole all'indagato o imputato.

Ciò spiega perché l'adozione di questo (non completamente) inedito criterio dovrebbe segnare il passaggio dal principio di non superfluità dell'accertamento dibattimentale all'ottica del risultato dell'azione, superando il canone *in dubio pro actione*[430].

E' chiaro che la riscrittura delle regole decisorie è destinata ad incidere non su quelle situazioni per le quali il materiale raccolto lasci emergere inequivocabilmente il grado di coinvolgimento dell'imputato ai fini del futuro giudizio di colpevolezza (casi dai quali anche per le previgenti formule dipendeva il rinvio a giudizio dell'imputato); piuttosto, la modifica è diretta ad ampliare il rigore del filtro delle fasi preliminari, per quelle situazioni processuali in cui il quadro probatorio non sia tale da restituire una pacifica idoneità degli elementi a sostenere l'accusa in quanto non univocamente direzionati verso l'affermazione della responsabilità.

L'obiettivo è quello di porre un criterio discretivo e (tentare di) risolvere normativamente quelle situazioni di incerta idoneità degli atti, per le quali sia ravvisabile un futuro sviluppo dibattimentale, o, detto in altri termini, trovare una regola che, in caso di carenza, insufficienza o contraddittorietà degli

[428] F. MORELLI, *op. cit.* pag. 25 parla senza mezzi termini di crisi d'identità del P.M., interrogandosi retoricamente su cosa ci si aspetti da lui: che si prepari al dibattimento e convinca l'ultimo giudice della fase preliminare che le sue *chances* sono buone, avendo indirizzato a questo fine l'indagine secondo la direttiva dell'art. 326 c.p.p.; oppure che confezioni un pre-accertamento già utile alla condanna, del tutto esaustivo e differente da quello dibattimentale solo per l'assenza della partecipazione poietica della difesa.

[429] F. ALVINO, op. cit. pag. 31.

[430] N.E. LA ROCCA, op. cit., p. 26.

elementi raccolti, imponga un giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere in funzione della ragionevole previsione di condanna.

In altri termini, con la regola di valutazione licenziata dal riformatore il dubbio sulle risultanze non consente di ritenere raggiunto il *minimum* probatorio sul quale innestare il giudizio di prognosi di futura condanna dell'imputato, di tal che l'insufficienza o l'ambivalenza degli elementi si tradurrebbe nella ragionevole previsione di una scarsa possibilità di successo dell'ipotesi accusatoria. Tuttavia, così ragionando si rischia di cadere nell'errore di ritenere non ragionevolmente prevedibile la condanna quand'anche, a rigore, un quadro probatorio dubbio è concettualmente "aperto" a quell'epilogo decisorio[431].

Da questo dilemma trae legittimazione la nostra indagine: cercare un equilibrio tra le esigenze di *efficienza* – la fase dell'archiviazione, l'udienza preliminare e l'udienza predibattimentale devono essere *efficaci*, ovvero filtrare e mandare al dibattimento solo i fascicoli verosimilmente fondati – e *ragionevolezza* – la fase dell'archiviazione, l'udienza preliminare e l'udienza predibattimentale devono filtrare *cum grano salis*, considerando variabili come la prescrizione, i tempi dell'ufficio giudiziario coinvolto, l'inutilizzabilità degli atti, una giurisprudenza incerta, ecc. – attingendo a parametri di (im)*possibilità* e (im)*probabilità* (cfr. par. 1 sezione III).

Il criterio della prognosi di condanna rilasciato dal D. Lgs. 150/2022 orienta perciò la scelta verso l'inazione o il non luogo a procedere quando gli elementi raccolti siano poco persuasivi o quando per questi – pur pronosticando un completamento dell'insufficienza probatoria – l'aspettativa di accoglimento dell'ipotesi accusatoria risulti meno probabile rispetto all'opposto epilogo proscioglitivo. Oppure, analogamente, quando, pur pronosticando una correzione del difetto di concludenza rispetto all'attuale acquisizione di tanti elementi a carico quanti a discarico, l'epilogo archiviativo-proscioglitivo si imporrebbe quando sia maggiormente prevedibile comporre tale contraddittorietà in senso favorevole all'imputato.

Poiché il testo rilasciato dalla riforma Cartabia si presta a diverse interpretazioni, è necessario individuare un criterio guida quanto alla portata semantica della formula (par. 1 sezione III), posto che, in mancanza, potremmo affermare, allo stesso modo, sia che è prevedibile la condanna sia, al contempo, dire che non lo è: a seconda se – rispettivamente - si confidi nell'intervento chiarificatore del contraddittorio nel dibattimento, o se si faccia, invece, applicazione delle regole proprie di quest'ultimo (art. 530 c. 2 c.p.p.). Nell'un caso si avrebbe un sostanziale abbattimento della novità contenuta nella nuova regola; nell'altro si opererebbe una indebita sovrapposizione tra distinti piani di giudizio.

[431] C. NAIMOLI, op. cit. pag. 834.

In queste ipotesi dubbie ciò che assegna concretezza alla regola di giudizio e che consegna il criterio discretivo per la scelta tra azione/inazione e rinvio a giudizio/non luogo a procedere, non è tanto l'epilogo decisorio ma il richiamo al concetto della *ragionevolezza* del giudizio previsionale (del quale ci occuperemo a breve), che si plasma non solo sull'oggetto dell'accertamento (previsione di condanna), ma anche sul limite di questo, dato dalla natura del contesto processuale in cui si svolge il giudizio (fase preliminare) e dalla funzione della particolare fase in cui opera (archiviazione o udienza preliminare o ancora udienza predibattimentale).

Come vedremo, infatti, le ragionevoli previsioni di condanna si atteggiano in maniera peculiare rispetto alla fase, nel senso che il criterio di valutazione non può essere perfettamente sovrapponibile. Nonostante l'attuale disciplina sotto il profilo terminologico tenda ad una sostanziale equiparazione tra le regole di giudizio in fase archiviativa e in sede di adozione della sentenza di non luogo a procedere, il canone della ragionevole previsione di condanna avrà diverse implicazioni nell'uno e nell'altro momento processuale (cfr. par. 2, 3, e 4 sezione II). Pur presentando una sostanziale identità nell'ontologia del criterio utilizzato[432], il criterio delle ragionevoli previsioni di condanna deve essere misurato in modo diverso in funzione di chi l'utilizza e del contesto nel quale interviene.

---

[432] A riprova della correttezza della scelta del riformatore militerebbe – secondo M. CECCHI, op. cit., pag. 10 - la necessità di ritoccare contemporaneamente sia la regola di giudizio o regola-guida dell'art. 125 disp. att. c.p.p. sia la regola di giudizio o regola guida dell'art. 425, co. 3 c.p.p. che finiscono per compenetrarsi «intimamente» e – se si vuole – persino per influenzarsi tra loro, nell'evolversi progressivo dell'iter accertativo criminale. In tal senso anche F. CAPRIOLI - *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, pag. 302 - secondo il quale un'interpretazione degli artt. 425 c.p.p. e 125 disp. att. contraria alla sovrapponibilità dei due criteri di decisione rimarrebbe inaccettabile dal punto di vista logico e sistematico, non comprendendosi per quale motivo all'organo giurisdizionale debbano essere assegnati due diversi parametri di valutazione della superfluità del dibattimento in ragione della circostanza (del tutto irrilevante) che il pubblico ministero abbia manifestato la volontà di agire o di non agire. La constatazione di tale incongruenza - in virtù della quale sarebbe lo stesso pubblico ministero, in definitiva, a fissare le condizioni del controllo giurisdizionale sulla sua scelta di procedere o non procedere - è motivo sufficiente per considerare la *reductio ad unum* delle due regole di giudizio come una strada obbligata per l'interprete. In tal senso anche F. DINACCI - *Regole di giudizio* (Dir. proc. pen.), in Arch. pen., 2013, 3, pag. 29 - secondo il quale se la regola decisoria per l'archiviazione è più ampia di quella contemplata per la sentenza di non luogo a procedere, di fatto la giurisdizione risulta asservita all'azione, determinandosi un'inammissibile inversione di ruoli tra controllore e controllato, derivandone un assoggettamento del giudice non alla legge ma al pubblico ministero; secondo L. TAVASSI, - *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020, pag. 203 - sarebbe poi singolare, per non dire illegittimo, chiedere al pubblico ministero di determinarsi in ordine all'azione sulla base di una precisa regola e poi sottoporre a controllo questa sua scelta in forza di una diversa regola di giudizio.

In senso parzialmente diverso A. GAITO e R. LANDI – op. cit. pag. 12 - secondo i quali difetterebbe una base logico-ordinamentale per avallare l'allineamento tra il parametro negativo sul quale il pubblico ministero deve formulare richiesta di archiviazione e quello su cui il giudice dell'udienza preliminare deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere. In base al primo, il titolare dell'accusa decide se investire un organo giudicante della cognizione del fatto di reato: l'infondatezza della *notitia criminis* o la insufficienza del quadro investigativo a carico a determinare una ragionevole previsione di reità dovrebbero inibire il p.m. dal perseguire l'azione penale e 'tentare il tutto per tutto' in dibattimento. In una simile prospettiva, la modifica offerta, proiettata al fine accertativo, garantisce un margine di chiarezza del dettato normativo superiore alla pregressa formula della idoneità a sostenere l'accusa, la cui eleganza sintattica non ne compensa la insindacabile vaghezza del significato. Tale unificazione

Solo così potremo superare le riserve di chi sostiene[433] che il tentativo di modellare il giudizio preliminare "ad immagine e somiglianza" del giudizio dibattimentale rischia di fare male sia al primo che al secondo: al giudizio preliminare perché la finalità delle indagini non è quella di accertare la verità al di là di ogni ragionevole dubbio, e questo obiettivo appesantirebbe troppo la fase prodromica caricando sia l'opzione in favore dell'azione che il decreto che dispone il giudizio di una ipoteca fin troppo pesante, da cui l'imputato potrebbe emanciparsi solo optando in favore di un rito alternativo; allo stesso tempo, l'omologazione rischia di provocare un abbassamento dello standard dell'accertamento dibattimentale, che potrebbe accontentarsi di semplici elementi di conferma del giudizio preliminare con buona pace del principio di presunzione di non colpevolezza.

– osserva A. DE CARO, (1), *op. cit.* pag. 4 - pur essendo, sotto il profilo definitorio, una sorta di "strada obbligata" per l'interprete onde evitare "incongruenze logiche e sistematiche" anche per le indiscutibili connessioni tra i due segmenti procedurali ove sono calate (indagini e udienza preliminare e oggi udienza predibattimentale monocratica), non può spingersi fino ad autorizzare una completa sovrapposizione poichè nell'udienza preliminare la valutazione è operata da un giudice terzo, in contraddittorio con le parti e con un materiale probabilmente arricchito (anche notevolmente alle volte) dal contributo dimostrativo offerto dalla difesa ovvero da autonome acquisizioni probatorie disposte *ex officio*. Anche secondo C. NAIMOLI, op. cit. 834, per quanto la normativa vigente tenda a una sostanziale equiparazione tra le regole di giudizio in fase archiviativa e in sede di adozione della sentenza di non luogo a procedere, il canone della ragionevole previsione di condanna avrà diverse implicazioni nell'uno e nell'altro momento processuale.

[433] G. CORETTI, *op. cit.* pag. 17.

SEZIONE II

LE RAGIONEVOLI PREVISIONI DI CONDANNA NELLA RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE, NELL'UDIENZA PRELIMINARE, NELL'UDIENZA PREDIBATTIMENTALE

1. Gli elementi strutturali della nuova regola.

Nelle pagine che precedono abbiamo rappresentato le ragioni per le quali il riformatore ha ritenuto opportuno modificare le regole di valutazione a disposizione del P.M., del GIP e del GUP nella fase della richiesta di archiviazione e dell'udienza preliminare, suffragandole con i dati statistici che dimostrano l'inefficienza dei filtri previsti dagli articoli 408 e 425 c. 3 c.p.p.

Ci siamo quindi occupati della formula licenziata – a seguito di un tortuoso iter legislativo - dal D. Lgs. 150/2022, anticipando che – come si vedrà nel presente capitolo - le ragionevoli previsioni di condanna cui deve far fronte il P.M. in sede di archiviazione non sono affatto le stesse che maneggia il GUP nell'udienza preliminare, né tantomeno quelle a disposizione del giudice dell'udienza predibattimentale.

Prima di verificare come si atteggia concretamente – al di là della identità terminologica – il canone delle *ragionevoli previsioni di condanna* nelle varie fasi procedimentali interessate dalla modifica, è necessario tuttavia prendere confidenza con gli elementi che compongono la struttura della nuova regola di giudizio, che per comodità espositiva analizzeremo parafrasando il testo delle norme: ragionevoli (1.1.) previsioni (1.2.) di condanna (1.3.).

Sullo sfondo si muove uno dei grandi e più discussi temi della modernità: il modello algoritmico della giustizia predittiva[434], atteso che il senso di una "ragionevole previsione" implica un criterio di valutazione necessariamente probabilistico.

1.1. Segue. Le ragionevoli....

L'indagine sui motivi posti a base del vincolo, da parte del D. Lgs. 150/2022, di una valutazione improntata alla ragionevolezza nella previsione di condanna già nelle fasi antecedenti al Giudizio – allorquando può addirittura mancare un capo di imputazione - richiede una breve premessa sul concetto di ragionevolezza e sul rapporto corrente tra la stessa e il diritto, attività non propriamente semplice, come rilevava Giorgio PINO introducendo il suo lavoro al tema dedicato[435].

1.1.1. Cenni sulla ragionevolezza nel diritto.

Per ragionevole e *ragionevolezza* si intende anzitutto uno stile di ragionamento "inclusivo", flessibile, compromissorio, "mite", particolaristico, che tende a prendere in considerazione tutte le circostanze in cui una certa decisione deve essere adottata o un certo comportamento deve essere valutato, incluse le conseguenze (reali o possibili) di quella decisione o di quel comportamento[436]. Il ragionevole si oppone alle decisioni rigide, all'applicazione automatica e cieca rispetto alle circostanze concrete di una regola generale e astratta, al *fiat iustitia pereat mundus*[437].

Ciò non significa tuttavia che la *ragionevolezza* costituisca una deviazione dal diritto, essendo al contrario interpretabile come una parte necessaria del diritto stesso, circostanza che spiega perchè, ai nostri fini, può essere posta in diade con l'*efficienza*[438], non senza prima aver chiarito in che senso la

---

[434] C. INTRIERI – L. VIOLA - *Ragionevole previsione di condanna e giustizia predittiva: una modesta proposta per la riforma dell'art. 425 c.p.p., www.giustiziainsieme.it,* 1.2.2022, pag. 2.

[435] G. PINO - *La ragionevolezza nel diritto,* cit. cap. 2 - aveva infatti premura di rassegnare che, nonostante un titolo roboante, l'opera perseguiva un obiettivo tutto sommato modesto: dare "una seconda occhiata" ad alcune cose che sono sotto gli occhi di tutti (quantomeno, di tutti i giuristi), provando a fornirne una chiave interpretativa che sembra feconda.

[436] G. PINO, op. cit. pag. 1 osserva come la risposta a questa domanda si sia rivelata notoriamente ostica, per la varietà di usi che tale nozione ha avuto sia nel discorso filosofico, sia nel discorso filosofico-giuridico, sia infine nel discorso più specificamente giuridico. Nel diritto, peraltro, partendo originariamente da una dimensione marcatamente pubblicistica (diritto amministrativo e diritto costituzionale), la nozione di ragionevolezza ha progressivamente occupato uno spazio sempre più importante anche nel diritto civile, nel diritto penale, e nei diritti processuali.

[437] G. PINO, op. cit. pag. 2.

[438] Come ricorda C. SOTIS (3), op. cit. pag. 1466, il contributo che il diritto penale può offrire al perseguimento dell'efficienza della giustizia penale è quindi, soprattutto ed anzitutto, di affinare i criteri di selezione, non di pensare a come renderlo meno dispendioso nella sua applicazione. Il riferimento a questa accezione consente di individuare un canone di efficienza "in entrata" – sui criteri di scelta della soluzione penale – sia "in

ragionevolezza assume un ruolo "necessario" per il diritto. Invero, non ci si riferisce ad una necessità logica, concettuale, definitoria, nè si afferma che la ragionevolezza faccia parte di una definizione universalmente valida di diritto, di modo che o il diritto è ragionevole o non è (vero) diritto. Piuttosto si intende una necessità "pratica" o "pragmatica": se il diritto vuole realizzare i propri scopi senza trasformarsi in un'impresa insensata, cieca, deve "necessariamente" includere al proprio interno qualche valvola di ragionevolezza, quale - lo anticipiamo - la possibilità di non celebrare il processo, e quindi archiviare o prosciogliere quando non si raggiunge la soglia delle ragionevoli previsioni di condanna, per esigenze di efficienza[439] sistemica o (in)sostenibilità dei "costi" della giustizia.

Il dato da cui partire è la definizione del *diritto* - in termini kelseniani[440] - come specifica tecnica sociale, la quale serve a far sì che i soggetti che interagiscono all'interno di un dato contesto sociale facciano o non facciano certe cose. Il diritto serve (tra le altre cose) a risolvere o ad anticipare le controversie che possono nascere tra i consociati nelle loro interazioni sociali, in circostanze di disaccordo morale, conflitti di interessi, debolezza della volontà.

---

uscita" – sui criteri di rinuncia ad una opzione punitiva già adottata: l'efficienza in questa prospettiva è fattore di giustificazione di opzioni di depenalizzazione, sui vari piani entro cui essa opera, proprio perché ritenute più efficienti o perché risolutive delle inefficienze connesse all'opzione penale. Si presenta quindi come un canone di delegittimazione nell'uso della pena o di giustificazione della rinuncia a punire fatti ritenuti meritevoli di pena. C. SOTIS fa l'esempio dell'abuso d'ufficio, per far comprendere cosa si intenda in tale sede per efficienza. Ci si riferisce alla sentenza n. 8 del 2022 della Corte Costituzionale sulla nuova fattispecie di abuso di ufficio introdotta nel 2020, prima dell'abrogazione mediante il c.d. D.D.L. Nordio. Qui efficienza e diritto penale chiaramente sono in diade (efficienza vs. diritto penale) e la Corte nelle sue premesse del Considerato in diritto fa intendere che l'opzione di restrizione dell'area penalmente rilevante (opzione peraltro che fa leva, come noto, su una opinabile riformulazione di fattispecie) sia giustificata proprio in virtù delle inefficienze prodotte dalla persecuzione in action del delitto di abuso di ufficio, segnatamente i noti effetti di c.d. burocrazia difensiva prodotti dal controllo penale sulla PA. La Corte infatti richiama testualmente tra le ragioni della riforma i «significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati», registrati sotto la vigenza della previgente disciplina.

[439] Come ricorda C. SOTIS (3), op. cit. pag. 1468, «*L'efficienza è..un concetto di relazione che impone di perseguire l'economicità avendo sempre a mente gli scopi della giustizia penale e di mantenere alta la vigilanza su questi: in altre parole, di tenere sempre assieme l'efficienza con l'efficacia. Carlo Enrico Paliero, nel suo classico sull'effettività non a caso lega assieme questi due parametri del diritto penale. Quella lezione oggi suona ancora più attuale, ammonendoci a non pensare all'efficienza in modo autonomo dall'efficacia. Per questo* – aggiunge l'autore - *non mi convince Giovanni Tuzet nel suo (bel) saggio quando afferma che* «una norma efficiente è anche efficace, mentre non sempre una norma efficace è anche efficiente». *Questa affermazione, forse indiscutibile sul piano logico, dal punto di vista culturale finisce per veicolare l'idea perniciosa che le operazioni che mirano all'efficienza non abbiano ricadute sull'efficacia. In diritto penale, segnatamente quando l'efficienza è intesa come ricerca di strade meno dispendiose, a me sembra infatti che ogni operazione tesa ad aumentare l'efficienza finisca per produrre ricadute negative sull'efficacia. Credo sia culturalmente più opportuno quindi, come insegna Carlo Enrico Paliero, impegnarsi a pensare sempre assieme efficienza ed efficacia, come entità irriducibilmente collegate su cui grava sempre il rischio che, se separate, prendano a operare secondo una, per così dire, proporzionalità inversa. Questo perché agire sulla minore dispendiosità ha sempre un costo sui principi (da cui dipende l'efficacia*).».

[440] G. PINO, op. cit. pag. 5.

Com'è noto, uno dei valori giuridici fondamentali è la *certezza*[441], che il diritto - in vista della sua fondamentale funzione di risolvere o anticipare questioni controverse - istituisce sia *ex ante* - tramite norme generali, astratte, e dal contenuto determinato, che stabiliscono in anticipo un quadro di obblighi, divieti, diritti - sia *ex post* - tramite le istituzioni della sua applicazione, che definiscono una controversia con decisioni che sono non soltanto vincolanti ma ad alcune condizioni anche definitive-. La certezza, a sua volta, è poi un valore intermedio, strumentale alla realizzazione di altri valori e obiettivi etico-politici: la salvaguardia di ambiti di autonomia individuale, la divisione del lavoro tra vari organi istituzionali, il "legare le mani" a certe categorie di decisori sottraendo loro discrezionalità interpretativa e potere decisionale.

Se la certezza è valore giuridico fondamentale, allora il diritto si dovrà servire di norme che abbiano attitudine a realizzare la certezza: norme che si presentano nella veste di *regole*[442]. Un diritto per regole è un diritto che assicura o può tendenzialmente assicurare: un grado di certezza *ex ante* - perchè indica in maniera precisa ai destinatari "comuni" (i cittadini) le condotte loro richieste - e un grado di certezza *ex post* – in quanto fornisce agli organi dell'applicazione norme da applicare in maniera sussuntiva, limitando l'incidenza della loro discrezionalità interpretativa -.

Un diritto che intende essere certo è quindi essenzialmente un diritto costituito da regole, che abbiano come caratteristica la *determinatezza*[443], *l'opacità*[444], la *pubblicità*[445].

---

[441] Come ricorda N. BOBBIO - *La certezza del diritto è un mito*? in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1951, 1, pp. 146- 152 - *la certezza è «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»*, mentre L. GIANFORMAGGIO - *Certezza del diritto* (1986), in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 84 - ricorda che «*il diritto per questo esiste, per esser certo*».

[442] G. PINO, op. cit. pag. 6.

[443] Le regole sono norme generali, astratte, caratterizzate da relativa *determinatezza* nella fattispecie e nella conseguenza, e destinate ad un'applicazione sussuntiva. La determinatezza delle regole può essere perseguita in diversi modi, tra cui: l'uso di termini esattamente definiti; la descrizione della fattispecie tramite ricorso a entità numeriche o comunque esattamente misurabili, e tramite elenchi tassativi, chiusi, di proprietà; il ricorso a presunzioni e automatismi legislativi.

[444] Le regole sono *opache* rispetto alla loro ratio: ogni regola ha una giustificazione sostanziale – serve a realizzare un obiettivo, uno scopo – ma non lo dichiara esplicitamente; piuttosto, si limita ad indicare una condotta richiesta al destinatario sulla base dell'assunzione, da parte di chi ha disegnato quella regola, che tenere o vietare quel comportamento realizzi il valore perseguito dalla regola stessa; in tal modo il destinatario è sollevato dall'onere di individuare in prima persona il possibile comportamento che può realizzare, o che può realizzare meglio degli altri, lo scopo perseguito dalla regola: dovrà semplicemente tenere, o non tenere, il comportamento indicato dalla regola stessa.

[445] Le regole sono *pubbliche*, cioè oggetto di conoscenza comune tra i loro destinatari. La pubblicità delle regole permette ai destinatari non solo di conoscere ciò che è loro richiesto, ma anche di conoscere ciò che è richiesto agli altri consociati. In tal modo il destinatario delle regole potrà: per un verso, organizzare il proprio comportamento in funzione di quella regola, anche per evitare le conseguenze negative che il diritto normalmente associa alla violazione della regola; e per altro verso, potrà prevedere il modo in cui gli altri consociati organizzeranno il loro comportamento in funzione delle regole vigenti. Si pensi alla regola che impone di fermarsi al semaforo rosso, che consente non solo di organizzare il comportamento in vista dell'obiettivo di evitare una sanzione, ma consente anche di prevedere come si comporteranno gli altri automobilisti davanti a un semaforo rosso.

Potremmo dire che quanto più le regole incorporano quelle caratteristiche tanto più esse funzionano come "dispositivi di certezza".

Ma – per dirla con Giorgio PINO - le regole soffrono di alcuni "difetti congeniti", nel senso che, rispetto alla loro *ratio* sostanziale, si rivelano spesso *sovra* e *sotto-inclusive*, e questo deriva esattamente dal carattere generale delle regole, ovvero dal fatto che esse incorporano nella loro fattispecie una generalizzazione.

> Lo schema è il seguente[446]: ogni regola ha una *ratio* sostanziale (persegue un certo obiettivo, protegge un certo interesse...), in relazione alla quale la regola individua alcuni comportamenti che tipicamente, normalmente realizzano, oppure impediscono la realizzazione di quella *ratio*. Tali comportamenti vengono indicati nella fattispecie della regola, e ad essi viene associata una conseguenza giuridica in termini – a seconda dei casi – di obbligo, divieto, o obbligo di applicare una sanzione. Ciò significa che la regola incorpora una generalizzazione prescrittiva: le regole possono risultare applicabili anche a casi in cui la *ratio* sostanziale non viene in considerazione, in tal modo dettando un risultato non giustificato dalla *ratio* della regola stessa (sovra-inclusività); o, al contrario, le regole possono risultare non applicabili a casi nei quali invece viene in considerazione la loro *ratio* sostanziale (sotto-inclusività).
>
> E tuttavia, è proprio delle regole opporre una certa resistenza anche davanti a questi casi recalcitranti: una regola funziona come regola solo se siamo disposti a tenerla ferma anche quando risulta sovra- o sotto-inclusiva, almeno tendenzialmente.

Le regole permettono di assicurare quei benefici in termini di certezza (che è a sua volta strumentale ad altri valori) visti sopra, ma al costo di incorporare una dose di arbitrarietà, derivante dal fatto che, come in certi casi, l'obbedienza alla regola da parte del cittadino, o l'applicazione della regola da parte dell'organo dell'applicazione, non sarà giustificata dalla sua *ratio* sostanziale.

In altri termini: oltre alla giustificazione "sostanziale" – l'obiettivo direttamente perseguito tramite quella regola – l'adozione di regole in un certo contesto decisionale è sorretta da ulteriori giustificazioni "indirette", che potremmo chiamare giustificazioni "strutturali"[447], "istituzionali", o "procedurali".

Se la certezza è strumentale alla realizzazione di valori di questo tipo, e se le regole sono a loro volta strumentali alla realizzazione della certezza, segue che quei valori sono a loro volta una giustificazione delle regole. In altre parole, quando si parla della giustificazione di una regola, il discorso si muove

[446] G. PINO, op. cit. pag. 9.

[447] Si tratta di giustificazioni del tipo di quelle viste poco sopra, quando si è notato che la certezza è un valore strumentale ad altri valori, come la salvaguardia di ambiti di autonomia individuale, la divisione del lavoro tra vari organi istituzionali, il "legare le mani" a certe categorie di decisori sottraendo loro discrezionalità interpretativa e potere decisionale.

contemporaneamente su due livelli distinti: da una parte, ciò che giustifica l'adozione di quella regola; dall'altra, ciò che giustifica il fare ricorso a regole in quel tipo di caso.

In alcune vicende le circostanze complessive possono essere tali che, tutto sommato, è meglio rassegnarsi a convivere con questa dose di arbitrarietà reale o potenziale che la regola si porta dietro: ad esempio perchè, in quel tipo di circostanze, sarebbe molto peggio, in termini di costi organizzativi e di rischi di arbitrarietà e discriminazioni, sostituire la regola generale con decisioni da prendere caso per caso[448]. In questi casi, cioè, il modello delle regole non è di per sé inadeguato, ma richiede correzioni "locali"[449], e di conseguenza si ammette che la relativa incertezza, derivante dalla parziale deviazione dal modello delle regole (cioè l'occasionale sacrificio delle giustificazioni "istituzionali", "procedurali" per avere regole), sia un compromesso accettabile al fine di mantenere in piedi un sistema che comunque rimane, nel suo complesso, organizzato in base a regole (ad es., consentire l'estinzione del reato per il decorso del tempo necessario a prescriverlo nonostante vi sia certezza della responsabilità dell'imputato, addirittura reo confesso). In altri casi ancora, infine, il ricorso al modello delle regole sarebbe arbitrario, irragionevole ma non semplicemente in maniera parziale, o potenziale, o occasionale; a ben vedere, lo sarebbe del tutto[450]. Questi sono i casi in cui la realtà da disciplinare ha una complessità tale da sfuggire del tutto alla precisione che è tipica delle regole: le regole sarebbero uno strumento spuntato e deformante per gestire quelle sfere di realtà (ad es. le vicende che oggi sono sussunte sotto il *fatto di particolare tenuità* ai sensi dell'art. 131 bis c.p.).

Quanto precede consente di concludere che il diritto per regole – che è la posizione di *default* della macchina-diritto, il software fondamentale che fa girare il computer del diritto – può risultare arbitrario, irragionevole: occasionalmente o addirittura inevitabilmente.

È in questo *humus* che nasce l'esigenza della *ragionevolezza*, l'idea che le regole – che sono dispositivi di certezza – debbano essere integrate da ulteriori dispositivi che rendano possibile attenuarne il rigore,

[448] Si pensi alla sostituzione della regola che attribuisce il diritto di voto al compimento dei 18 anni di età, con un sistema di decisioni individualizzate, caso per caso, sul possesso di un'adeguata maturità al fine dell'esercizio del diritto di voto. In questi casi, dunque, può capitare che l'applicazione della regola talvolta non sia sorretta dalla sua giustificazione sostanziale, ma ciò non toglie che restano altre possibili ragioni (ragioni "istituzionali", "procedurali"), per continuare ad applicare la regola, e che anzi queste ragioni siano considerate, in tali contesti, preponderanti. In altri casi, però, il potenziale di arbitrarietà insito nella strategia decisionale basata su regole può essere tale da consigliare parziali deviazioni, o ammorbidimenti, del modello delle regole.

[449] G. PINO, op. cit. pag. 12.

[450] Si pensi al caso del *best interest of the child*, o alla definizione della tortura, o ai comportamenti che possono integrare una condotta conforme a (o contraria a) buona fede, correttezza, diligenza. In casi di questo tipo gli interessi che il diritto intende tipicamente proteggere possono essere tutelati (o violati) in tanti di quei modi diversi, e in contesti tanto diversi, da rendere affatto inadeguato il ricorso a regole. E, a causa del meccanismo della generalizzazione prescrittiva tramite cui funzionano le regole, le ipotesi di sovra-o, più probabilmente, sotto-inclusività sarebbero tali da rendere la regola arbitraria non occasionalmente, ma nella stragrande maggioranza delle circostanze.

perlomeno in certe circostanze e a date condizioni. Alcuni di questi dispositivi sono esplicitamente incorporati già all'origine, per così dire, all'interno del tessuto delle regole, la cui esistenza appare fondamentale per evitare che il diritto possa a tratti diventare assurdo (un insieme di regole senza senso, che si applicano ciecamente), o incapace di perseguire i suoi stessi scopi (le *rationes* sostanziali che di volta in volta persegue).

Sarebbe tuttavia un errore pensare[451] che sia compito esclusivamente del "buon legislatore" inserire adeguati dispositivi di ragionevolezza nel tessuto del diritto per regole, per due ordini di ragioni. La prima è che l'esigenza di far filtrare la ragionevolezza nel tessuto delle regole è talmente radicata nei giuristi - specialmente nei pratici - che ben difficilmente l'elenco dei dispositivi di ragionevolezza operanti in una data cultura giuridica si esaurirà in quelli espressamente previsti dal legislatore. Come abbiamo visto, l'esigenza di ragionevolezza nasce dalla pressione dei casi che per definizione sono imprevedibili: non si possono prevedere in anticipo tutte le infinite combinazioni di proprietà con cui si potrà manifestare un caso concreto. E dunque non si possono prevedere in anticipo tutti i modi in cui una regola può dare luogo ad applicazioni arbitrarie[452]. La seconda ragione è che, a causa dell'infinita varietà delle circostanze di fatto e delle combinazioni tra gli interessi giuridicamente rilevanti che possono venire di volta in volta in gioco, non si può stabilire una formula magica né tantomeno alcuna formalizzazione logica che stabilisca in anticipo quando è preferibile affidarsi alle regole e quando invece è opportuno far entrare in azione un dispositivo di ragionevolezza[453].

Assodato quindi che la generalizzazione prescrittiva incorporata nelle regole non sarà mai perfettamente ottimale – darà cioè sempre adito a situazioni di sovra o sotto inclusività – il problema sarà sempre riferito a quanta sub-ottimalità siamo disposti a tollerare, e cioè quanta forza di resistenza sarà opposta dalla regola in virtù delle sue rationes "procedurali" e "istituzionali".

> Il problema, in altri termini, sarà decidere di volta in volta se continuare a seguire la regola o se affidarsi alla *ragionevolezza*, che si riproporrà anche, e soprattutto, quando il legislatore non avrà anticipato situazioni di questo tipo. Ovviamente – aggiunge Giorgio PINO[454] - i giuristi potranno avere sensibilità diverse sull'atteggiamento da

[451] G. PINO, op. cit. pag. 12.

[452] G. PINO, op. cit. pag. 14 osserva come, proprio per questa ragione, conosciamo tutta una serie di dispositivi di ragionevolezza "impliciti", "spontanei", nati dalla prassi applicativa man mano che se ne presenti l'opportunità. Ecco alcuni esempi: la dottrina dell'abuso del diritto; le scriminanti "atipiche", o non codificate; la trasformazione, in via interpretativa, di un elenco (che testualmente appare come) tassativo in elenco esemplificativo; o di un termine (che testualmente appare come) perentorio in termine ordinatorio; l'interpretazione teleologica; l'interpretazione evolutiva; l'interpretazione "orientata alle conseguenze"; l'interpretazione equitativa; l'interpretazione adeguatrice, l'applicazione diretta e il bilanciamento giudiziale di principi costituzionali.

[453] G. PINO, op. cit. pag. 15.

[454] G. PINO, op. cit. pag. 16.

> tenere in queste occasioni, tanto da potersi distinguere due grandi famiglie di atteggiamenti rilevabili nella cultura giuridica: i giuristi *formalisti*[455] e i giuristi *sostanzialisti*[456]. Tuttavia né il formalismo né il sostanzialismo può presentarsi allo stato puro, per così dire: entrambi rappresentano diverse gradazioni di intensità all'interno di uno spettro, anzichè un'alternativa dicotomica.

Possiamo quindi affermare che il diritto persegue la *certezza*, e la certezza richiede *regole*, che sono la modalità fondamentale con cui si presentano le *norme giuridiche*.

E la ragionevolezza che c'entra in questo discorso?

La ragionevolezza interviene a seguito della presa d'atto che un diritto costruito interamente, esclusivamente per regole, sarebbe assurdo, irragionevole se non addirittura irrazionale, e in definitiva incapace, in molti casi, di realizzare i suoi stessi scopi (le *rationes* sostanziali di volta in volta soggiacenti alle singole regole giuridiche).

Ecco perchè abbiamo sopra anticipato che il rapporto tra ragionevolezza e diritto è di necessità, nel senso che il diritto deve necessariamente incorporare dei correttivi come i dispositivi di ragionevolezza, circostanza che spiega ancora una volta la rilevanza di tale digressione ai fini della nostra indagine. L'applicazione delle regole giuridiche si muove sempre su uno sfondo, una presupposizione tacita, di ragionevolezza. In alcuni casi (probabilmente, nella maggior parte dei casi) la sub-ottimalità delle regole sarà accettata come un costo collaterale da pagare per un dispositivo (di certezza) che nel complesso funziona. In altri casi, la pressione della ragionevolezza produrrà uno «strappo nel cielo di carta delle regole»[457], e il giurista dovrà di volta in volta decidere se ricucirlo o se guardarvi attraverso.

Il problema – ineliminabile - è che non esiste una formula per stabilire quando mantenere ferma la modalità di *default* (le regole), e quando invece passare alla modalità correttiva (la ragionevolezza).

La scelta per l'una o per l'altra modalità comporta inevitabilmente il sacrificio di un valore giuridico: la certezza del diritto da una parte, la realizzazione della *ratio* sostanziale perseguita dalla regola dall'altra.

È come se[458] ogni regola giuridica proiettasse un'ombra (benevola oppure sinistra, a seconda dei punti di vista) che recita formule come "a meno che non seguano conseguenze assurde", "a meno che non si presenti un caso anomalo" o simili, perchè in questi casi interverrebbe la ragionevolezza a calmierarne

[455] I giuristi *formalisti* privilegiano la modalità "regole", rendendo quanto più marginale possibile il ricorso ai dispositivi di ragionevolezza, inclusi quelli esplicitamente previsti a livello legislativo.

[456] I giuristi *sostanzialisti* privilegiano la modalità "ragionevolezza", sfruttando ogni opportunità culturalmente tollerabile per introdurre margini di defettibilità nelle regole. E si può agevolmente notare che il clima culturale che si accompagna allo Stato costituzionale contemporaneo privilegi nettamente l'adozione di un atteggiamento sostanzialista.

[457] G. PINO, op. cit. pag. 18.

[458] G. PINO, op. cit. pag. 19.

gli effetti. E non si può mai sapere in anticipo quando questa ombra continuerà a restare sullo sfondo, e quando, invece, oscurerà del tutto la regola.

Si spiega così perchè il legislatore della Cartabia abbia previsto la necessità che le previsioni di condanna siano "ragionevoli" affinchè possa essere esercitata l'azione penale o disposto il rinvio a giudizio, limitando lo scivolamento di massa dei procedimenti verso il dibattimento cui si assisteva, sovente giustificato da un'applicazione (ir)ragionevole del principio di esercizio obbligatorio dell'azione penale e della non superfluità del dibattimento[459].

In tale prospettiva la *ragionevolezza* può essere letta in diade con l'*efficienza*[460], intesa in senso ambivalente: proscioglitivo (è efficiente un sistema che filtra in fase di archiviazione, in udienza preliminare e in udienza predibattimentale i fascicoli non meritevoli di dibattimento) o accusatorio (è efficiente un sistema che filtra all'udienza preliminare "solo" le imputazioni azzardate).

1.2. Segue....Previsioni....

Il canone della ragionevolezza testè rassegnato amplifica al massimo la decisività dell'interpretazione e il ruolo di chi è chiamato istituzionalmente ad espletarla nel processo penale: essenzialmente il Giudice.

[459] Per C. INTRIERI – L. VIOLA, *op. cit.* pag. 3 la ragionevolezza in ambito processuale riguarda l'obbligo di decidere in modo razionale, in quanto ciò che è razionale è logico e la logica obbedisce a tre principi: *identità*, secondo cui ogni cosa è uguale a sé stessa (A=A), id est una cosa non può essere nello stesso tempo A e non-A; *non contraddizione*: secondo cui, data una o più premessa, la conseguenza che ne deriva non può essere in contraddizione; *tertium non datur*: secondo cui, dato un sistema dicotomico, la proposizione è vera oppure falsa (p e ¬p) non essendo concepibili altre ipotesi.

[460] Come insegna C. SOTIS (3), op. cit. pag. 1464, il diritto penale, per vincolo costituzionale e per tradizione culturale, è ritenuto un mezzo di gestione dei conflitti sociali estremamente dispendioso. Secondo l'accezione di efficienza in uso ora nel discorso è quindi una tecnica di tutela che si assume come di per sé scarsamente efficiente: è costoso, gravido di effetti collaterali, reagisce alla sofferenza con la sofferenza e perciò non è compiutamente razionalizzabile. La stessa clausola di *extrema ratio* muove dalla premessa che il diritto penale, in qualità di allocatore di sofferenza, sia mezzo particolarmente costoso di raggiungimento degli scopi. Questo deficit di legittimazione di partenza, anche in punto di efficienza, può essere colmato svolgendo un test rigoroso alla luce del principio di necessità di pena, che la presenti come imprescindibile in quanto unico strumento efficace, cioè in grado di raggiungere lo scopo o di raggiungerlo ad un determinato livello di soddisfacimento. Questo stato di cose può essere letto anche in modo parzialmente diverso, ma il risultato comunque non cambia. Possiamo cioè assumere che il principio di necessità di pena sia la norma chiamata a fare in modo che il diritto penale per essere non inefficiente rinunci a sé stesso, salvi i casi in cui esso si riveli contingentemente necessario, ossia l'unico in grado di raggiungere lo scopo. In questo modo si fissa il punto chiave: il diritto penale non è tanto più efficiente quanto meno lo si renda dispendioso, ma quanto più si sia in grado di selezionarne l'uso, comunque necessariamente dispendioso. In questo c'è una importante differenza tra il modo di declinare l'efficienza del diritto penale rispetto a quella — ad esempio — dell'organizzazione giudiziaria, dove invece è ben possibile provare a fare le stesse cose in modo meno dispendioso e per questa via quindi cercare di perseguire l'efficienza, che poi è il tema centrale della nostra indagine. La dispendiosità del diritto penale, insomma, per vincolo costituzionale (principi di sussidiarietà e di necessità di pena) è una costante del calcolo della sua efficienza (o, meglio, della sua inefficienza), mentre la variabile è quando se ne deve fare uso.

Ciò in quanto è con il provvedimento giudiziario che si procede alla sussunzione del fatto nel diritto, mediante la seguente formula[461]: PG: F ---> D = il provvedimento giudiziario (PG) manda il fatto (F) nel diritto (D).

Eppure fatto e diritto sono semplificazioni, nel senso che il primo rileva nel processo solo in quanto provato, per cui per fatto deve intendersi solo quello provato; il secondo esiste invece per come viene interpretato, per cui per diritto deve intendersi l'interpretazione.

Da qui la necessità di individuare un criterio che possa contribuire a individuare il significato concreto della formula introdotta dalla riforma Cartabia, al fine di ridurre i rischi di esondazioni interpretative da parte del P.M. e del GIP (in sede di archiviazione), del GUP (in sede di udienza preliminare), e del Giudice (in sede di udienza predibattimentale).

Naturalmente al centro della previsione resta sempre la fattispecie legale - in questo caso gli articoli: 408, 425 c. 3 e 554 ter c.p.p. che richiedono *ragionevoli previsioni di condanna* - e non anche la norma intesa come risultato dell'attività del giudice, alla luce della funzione di garanzia assunta dalla fattispecie – *tatbestand* – intesa come minuscolo racconto dotato di autosufficienza narrativa che abbia l'ambizione di risultare comprensibile sia ai giudici sia direttamente ai consociati, senza la necessaria mediazione dei primi.

Il principio si applica anche alla fattispecie oggetto della nostra indagine, in quanto la ragionevole prevedibilità della condanna si estende a ogni profilo sostanziale concernente la punibilità[462], comprese le vicende estintive del reato (tra tutte, la prescrizione).

1.2.1. Interpretazione e "prevedibilità degli esiti".

Com'è noto, provare e interpretare[463] sono operazioni complesse, richiedono tempo e quindi dispendio di risorse: più i margini di queste operazioni sono ridotti già sul piano della posizione della norma, più indagini e processo possono procedere speditamente.

---

[461] C. INTRIERI e L.VIOLA, op. cit. pag. 4 utilizzano questo esempio: Tizio prende a schiaffi Caio, cagionandogli lesioni: questo è un fatto F. Per farne derivare una condanna, tale fatto dovrà essere provato in sede giudiziaria, ottenendo in concreto un provvedimento (sentenza) verso Tizio di condanna per lesione ex art. 582 c.p. Il giudice scriverà il provvedimento giudiziario PG con cui, accertato il fatto F, lo manderà nell'art. 582 c.p. che è il diritto D. Quanto appena esposto è in linea con il sillogismo aristotelico, che anima la decisione del giudice: per ottenersi una sentenza PG, bisogna mandare la premessa minore, che è appunto il fatto F, nella premessa maggiore che è la legge D.

[462] Corte Cost. ord. n. 24/2017, in Banca dati De Jure.

[463] Sul piano dell'applicazione, e in particolare dell'interpretazione, la preoccupazione è la stessa: interpretare significa selezionare e distinguere, e sono attività che costano tempo. Si finisce quindi per produrre teorie che si ritengono come maggiormente efficienti, e perciò solo valide, per offrire scorciatoie probatorie e argomentative. Tuttavia, se per un verso la fruibilità delle norme e delle teorie costituisce un indubbio loro parametro di

Carlo PIERGALLINI[464] osserva a tal proposito come è «*sotto gli occhi di tutti il primato della giurisdizione: la pluralità compulsiva delle fonti, il frequente ricorso ad una semantica sciatta, vuoi per imperizia tecnica vuoi per l'obbiettiva difficoltà di isolare nitidamente 'species facti' al cospetto della 'complessità', le sempre più diffuse pre-comprensioni giudiziali, orientate ad estendere, contra legem, la tutela di alcuni beni giuridici, hanno inoculato dosi massicce di disorientamento, tanto che l'interpretazione della legge penale assume sempre più i contorni di un 'mistero'*».
La ragione sarebbe da ricercare nelle libere tracimazioni ermeneutiche, talvolta professate come estensive ma in realtà analogiche, talaltra ben oltre l'ambito dell'analogia, che notoriamente presuppone identità di *ratio*[465].

Nel processo è la fattispecie giudiziaria – ovvero il capo di imputazione - a tradurre la riconducibilità del fatto concreto alla fattispecie astratta; non di rado, però, il capo di imputazione sconcerta l'interprete, perchè si atteggia come un laboratorio aperto, in cui il caso concreto domina la fattispecie, di cui si reclama un'inopinata capacità di ritenzione. Il risultato cui si assiste è una sorta di "neo-situazionismo giudiziario", in cui prevale una tipicità "caso per caso", che pone all'angolo quella ortodossa espressione della divisione dei poteri e della distinzione tra creazione e applicazione del diritto[466]. Da ciò trae origine la crisi della tassatività penale: si trasferisce il potere di effettuare le scelte politico-criminali nelle mani di una oligarchia più sollecita rispetto alla connaturata lentezza delle decisioni parlamentari, nonostante si tratti di una oligarchia priva di legittimazione democratica: la magistratura.
Questa premessa appare necessaria al fine di scovare le insidie che si celano dietro una indagine sul significato di (*ragionevoli*) *previsioni* (di *condanna*), non potendosi sottovalutare che la posizione della norma o la modificazione del concetto in via interpretativa comportano la necessità di un corrispondente accertamento in sede processuale[467] attraverso una interpretazione tassativa (tra un pò diremo "epistemologicamente determinata").

---

legittimazione, occorre fare sempre attenzione affinchè la fruibilità, mascherata da efficienza, non divenga un assoluto principio di legittimazione. In altre parole, una cosa è affermare che una norma o una teoria non può essere giusta se non è fruibile (legittimazione negativa), altra cosa è affermare che una norma o una teoria è valida per la ragione che è fruibile (legittimazione positiva).

[464] C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza diritto?* in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit, .pag. 14.

[465] F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, p. 113.

[466] C. PIERGALLINI, op. cit. pag. 15.

[467] Come anticipato nella parte introduttiva della ricerca, e come sosteneva T. PADOVANI (1) - *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, Indice pen., 1999, 527 - il processo penale non veste più i panni del servo muto del diritto sostanziale, bensì quelli del servo loquace, del socio paritario o, ancor meglio, del socio tiranno. Non solo infatti il diritto penale sostanziale vive (quasi) esclusivamente nel processo, ma quest'ultimo conferisce alla tipicità la sua dimensione effettiva, individuando concetti, delimitando *reference classes* e così determinando finalmente la risposta (sino ad allora solo imprecisata ed eventuale) che l'ordinamento attribuisce al comportamento individuale. Si tratta, peraltro, di una relazione inevitabile e dunque fisiologica giacchè – come afferma MONTESQUIEU - «*non esiste alcuna legge di cui il giudice possa essere meramente la bocca senza esserne in parte anche la mente*» (A. I. ARENA, *Rileggendo Montesquieu. Alcune osservazioni sulla soggezione del giudice alla legge*, in Costituzionalismo.it, 24.11.2023).

Il rischio diventa ancora più concreto se si pensa che il confine tra l'interpretazione estensiva e quella analogica spesso è labilissimo, quando addirittura inesistente. Di qui la necessità di prendere atto delle mutate dinamiche dell'interpretazione, che dovrebbero trovare un diverso e nuovo argine nella prevedibilità degli esiti applicativi: un modello, questo, patrocinato in sede sovranazionale[468], che rende inapplicabile al nostro sistema l'esperienza di *common law* – la quale poggia su diversi sistemi di bilanciamento tra giustizia e potere politico che influenzano lo stesso reclutamento dei giudici – e ripudia quale nuovo principio regolatore il "diritto vivente" nella veste di nuova fonte, senza che sia possibile, tuttavia, decifrarne con precisione le sembianze.

Questo fa sì che la formula della "prevedibilità degli esiti" sia destinata a rivelarsi piuttosto malferma, legittimando la finalità della nostra indagine, mancando l'elaborazione di un criterio guida che riempia di contenuti le *ragionevoli previsioni di condanna*. E ciò senza trascurare che l'attività interpretativa non è politicamente neutrale: forte è la tentazione del giudice, dinanzi a norme semanticamente ambigue, di appropriarsi di un potere "creativo" che ridisegna a suo piacimento il governo del sottostante conflitto sociale[469].

La labilità della distinzione tra interpretazioni testuali, estensive ed analogiche induce a riflettere sulla possibilità di edificare argini più efficaci per garantire il riconoscimento della sola interpretazione restrittiva nel diritto penale, prendendo, come nuovo presidio dell'istanza di tipicità, il principio *in dubio pro reo*. Ciò significa che, al cospetto di un testo che rilascia una pluralità di interpretazioni, il giudice deve privilegiare quella che meglio corrisponde alla frammentarietà del diritto penale e, perciò, quella restrittiva, che, nel ventaglio delle letture possibili, garantisce la soluzione più favorevole al reo.

---

[468] C. SOTIS (4) - "*Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in Quest. Giust. 4/2018, pag. 69 - ricorda come – in ambito convenzionale - il test di prevedibilità dipende da vari fattori, tra cui l'esistenza di una base legale e la costanza e coerenza nell'applicazione. I due fattori lavorano in certa misura, in rapporto di proporzionalità inversa: se la base legale è vaga, la seconda indagine si fa più pregnante e risulterà determinante, finendo per sanare i vizi di imprecisione della disposizione.

[469] C. PIERGALLINI, op. cit. pag. 17, osserva come la diffusività esogena ed endogena del "penale", ove governata dalla prevedibilità degli esiti, finisce per sbilanciare la teoria del reato in direzione del giudizio di colpevolezza, a discapito della tipicità. Dinanzi ad un simile scenario appare preferibile difendere la tradizione invece di incamminarsi su un percorso «prevedibilmente imprevedibile». Meglio ripartire dai "testi", che sono punti fermi da cui si muove ed a cui si ritorna, garantiscono la divisione costituzionale dei poteri, il rispetto della sovranità popolare, l'eguaglianza di fronte alla legge, la calcolabilità delle decisioni giudiziarie. Certo, è illusorio pensare che non rilascino gradi di fisiologica indeterminatezza. Spetta al giudice scegliere, ma deve farlo, nel diritto penale, tra i significati ricavabili dal testo, nel rispetto del valore libertario della lacuna (di qui, il divieto di analogia). Spesso questa trasgressiva operazione viene 'coperta' evocando l'interpretazione estensiva, così da mettersi al riparo; diversamente, l'indeterminatezza *patologica*, dipendente: vuoi dall'incapacità tecnica del legislatore, vuoi dai ricorrenti deficit di capacità decisionale, imporrebbe l'intervento della Corte costituzionale, che, però, è restia ad operare amputazioni, aprendo, per contro, al diritto vivente, allo scopo di cristallizzare la norma e di evitare vuoti di tutela. Sta di fatto che il ridottissimo numero di questioni di legittimità su questo terreno costituisce la riprova di come la giurisdizione ambisca a governare essa stessa il sistema, accrescendo il suo potere.

> Potremmo anche provare a pensare che la formula "ragionevoli previsioni di condanna" – in assenza di una valida direttrice che la riempia di contenuti – sia paragonabile alle fattispecie sostanziali di *semiosi illimitata*, in cui il giudice ritiene di potere/dovere sfruttare tutti i significati attribuibili ai vari segni linguistici di cui si compone la disposizione. Il risultato può però sconfinare nella produzione di interpretazioni compatibili con il significato letterale, ma disomogenee rispetto al senso e allo scopo indicato dalla fattispecie.

Questa scelta perentoria si salda con il principio dell'"*oltre ragionevole dubbio*" che governa le decisioni del giudice quanto agli elementi costitutivi del reato: se la prova, rispetto a detti elementi, non raggiunge il corposo spessore richiesto dalla formula BARD (*Beyond Any Reasonable Doubt*) – di cui parleremo a breve - si impone l'esito assolutorio.

Il problema è che il D. Lgs. 150/2022 ha licenziato la formula ragionevoli previsioni di condanna utilizzando il già irto sentiero della predittività e chiedendo all'interprete di formulare il giudizio prognostico in una fase antecedente al Giudizio - in cui il capo d'imputazione ancora può essere provvisorio o mancare del tutto – per di più applicandovi il "fluido" canone della ragionevolezza, circostanza che – per arginare il rischio di interpretazioni creative da parte della giurisprudenza – richiede il massimo sforzo e ci obbliga a dare brevemente conto anche della determinatezza epistemologica[470].

1.2.2. La determinatezza epistemologica della prevedibilità.

Il principio di *determinatezza epistemologica* realizza un fondamentale ponte tra il piano sostanziale e quello processuale, tra la "certezza del diritto" e la "certezza dell'accertamento"; è volto a guidare legislatore e interprete nello svolgimento del compito indicato esprimendo la doppia dimensione sia della legalità sia dello standard probatorio, operando come norma di chiusura della teoria generale del reato. Esso ha ad oggetto qualsiasi elemento della fattispecie penale olisticamente intesa - posto che tutto ciò che deve essere provato deve essere determinato - ed è stato già parzialmente teorizzato dalla dottrina[471] come *pendant* dell'obbligo di precisione, chiamato da taluni "principio di determinatezza empirica", da

[470] Trattandosi di disposizione elastica e non essendoci ancora applicazione giurisprudenziale costante, potremmo mutuare ancora da C. SOTIS (4), op. cit. pag. 71, il criterio – definito dall'autore «vischioso ed estremamente interessante» - secondo cui il precetto – nel nostro caso la formula ragionevoli previsioni di condanna – è prevedibile se la sua applicazione è conforme alla "sostanza del reato". Interessante e vischioso al tempo stesso, perchè evoca la ricerca della *quidditas* del reato, ovvero la ricerca del tipo criminoso legale, cioè delle caratteristiche essenziali che forgiano il reato come *tipo* provvisto di un suo contenuto di disvalore tendenzialmente omogeneo, alimentando quindi un'analisi di tipo proporzionalista che metta in relazione l'omogeneità di disvalore tra il nucleo duro di un reato (la sostanza del reato, il tipo criminoso) e la sua concreta applicazione.

[471] F. PICINALI, *op. cit.* pag. 205.

altri semplicemente "principio di determinatezza"[472]. I contenuti del principio di determinatezza epistemologica[473] possono essere così enucleati[474]: il concetto relativo a ciascun elemento costitutivo della fattispecie deve avere un referente reale; l'enunciato fattuale corrispondente al referente reale deve essere suscettibile di accertamento nel processo, avuto riguardo non solo ai limiti epistemici, ma anche a quelli giuridici.

> Per illustrare il principio ancor più efficacemente possiamo richiamare il pensiero di Luciano PETTOELLO MANTOVANI[475]: «*il penalista deve convincersi, sul piano della sostanza, che il solo modo di dare vita al diritto (...) è proprio quello di dare ascolto alla realtà. E ciò in entrambi i momenti nei quali il diritto si manifesta: nel momento creativo – quello della legge – non meno che nel momento applicativo – quello del giudice. Mentre infatti per un verso – nel momento creativo – la realtà garantisce non solo sé stessa ma anche un corretto operare della legge allorchè, essendo rispettata, impedisce che la legge si esprima con principi e con modi soltanto suoi, i quali potrebbero perciò essere pure quelli di un diritto contrario alla libertà; per l'altro verso – nel momento applicativo – la realtà garantisce non solo sé stessa ma anche un corretto operare del giudice allorchè, essendo stata prima rispettata nel momento creativo, impedisce poi che il giudice possa pretestuosamente reclamare contro una regola legislativa arbitraria perchè poggiante su una realtà fittizia, una regola giudiziaria invocante una realtà distorta*».

Ma quando può affermarsi che un enunciato fattuale è suscettibile di accertamento nel processo?
La risposta pare ovvia: ciò è possibile soltanto quando l'enunciato può essere provato nel processo secondo lo standard probatorio imposto dalla legge, ovvero la prova "al di là di ogni ragionevole dubbio". Si svela così la naturale dimensione sostanziale dello standard, chiamato a completare il principio di

[472] Si distingue tra determinatezza nella dimensione "semantica" – che afferisce alla precisione del concetto normativo dal punto di vista semantico, dimensione che riguarda la 'ragionevole prevedibilità' dell'esito interpretativo e include anche l'aspetto valoriale - e determinatezza nella dimensione "empirica"– che afferisce alla capacità di provare l'enunciato corrispondente a quello dato dal concetto normativo e dunque garantisce pur sempre la ragionevole prevedibilità dell'applicazione della norma -.

[473] Come affermano G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 20: «con la formula "principio di determinatezza epistemologica" esprimiamo l'esigenza, messa in luce già dagli Illuministi nell'ambito delle prime enunciazioni del principio di legalità (...), che le norme penali descrivano *fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo*. In effetti, per mettere il cittadino al riparo dagli arbitri del giudice, non basta che la norma abbia un contenuto intellegibile – in conformità al principio di precisione – ma occorre altresì che essa *rispecchi una fenomenologia empirica verificabile nel corso del processo sulla base di massime d'esperienza o di leggi scientifiche*: solo a questa condizione il giudizio di conformità del caso concreto alla previsione astratta non sarà abbandonato all'arbitrio del singolo giudice. Il riferimento è, in particolare, a P. J. A. von FEUERBACH: "è Feuerbach (...) che conia la formula '*nullum crimen, nulla poena sine lege*' individuando due ulteriori corollari della riserva di legge; il divieto di analogia (...) e il principio di determinatezza, in base al quale il legislatore può reprimere con la pena solo ciò che può essere provato nel processo". Feuerbach scriveva, infatti, che il legislatore "non può punire (...) nessun fatto che non è riconoscibile all'esterno e che non può essere compiutamente provato in concreto».

[474] F. PICINALI, op. cit. pag. 206.

[475] L. PETTOELLO MANTOVANI, *Aspetti problematici della scienza penalistica,* Giuffrè, Milano, 1983, p. 23.

determinatezza epistemologica, imprescindibile condizione di legittimità[476] della norma penale. È proprio il ruolo integrativo e specificativo svolto dalla regola di giudizio nei confronti del principio sostanziale studiato a fare dell'al di là di ogni ragionevole dubbio "una piattaforma di costruzione di programmi d'azione", ovvero di concetti dotati di una solida fruibilità processuale[477]. Lo scavalcamento dell'accertamento mediante l'applicazione di schemi inferenziali si verifica ogni volta che il diritto penale non è stato capace di elaborare concetti con queste caratteristiche.

Il principio di determinatezza epistemologica opera quindi non solo in sede di genesi della disposizione penale, ma anche in sede di sua interpretazione[478], instaurandosi tra gli stessi una relazione continua e

[476] Come ricorda C. SOTIS (5), *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi d'azione*", in Dir. Pen. e Proc., n. 9/2009, 1150, la frattura tra una norma penale esplicante una funzione incriminatrice e la sua accertabilità comporta necessariamente una ricaduta sul piano sostanziale della legalità penale: se una norma incriminatrice per essere legittima deve essere accertabile, va da sé che meno sarà accertabile più il principio di legalità andrà sotto stress, fino ad arrivare, come indica la Consulta nella nota sentenza sul plagio, al punto di rottura, posto che la non verificabilità comporta l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 25 c. 2 Cost., segnatamente con riferimento al principio di determinatezza in senso empirico o processuale. Di conseguenza ci si dovrebbe aspettare che quando una norma registra quella frattura l'esito dovrebbe essere o una interpretazione costituzionalmente conforme – tesa all'arricchimento del momento applicativo delle norme di per sé scarsamente verificabile – o – quando la frattura non è ricomponibile – l'illegittimità della norma che ha descritto il fatto in modo da renderla impermeabile all'accertamento. In realtà non è così, nel senso che la frattura tra norma incriminatrice e sua accertabilità non giunge mai alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma a due esiti diametralmente opposti: un tentativo di arricchimento del momento dell'accertamento; uno scavalcamento dell'accertamento. Gli esiti dipendono dall'esistenza di formule concettuali "doppiamente valide", ovvero non solo coerenti dal punto di vista sostanziale – perchè basate su criteri idonei ad afferrare le reali esigenze selettive imposte dalla norma e dai principi – ma anche determinabili processualmente, cioè accertabili e fruibili nel momento della loro applicazione. In altre parole – chiarisce C. SOTIS – l'esito dipenderà dall'esistenza di formule concettuali che siano basate su criteri discretivi coerenti ed anche capaci di indicare un "programma di azione" attraverso cui applicarli.

[477] Come osserva D. PULITANÒ (2) - *Sui Rapporti fra Diritto Penale Sostanziale e Processo*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2005, pp. 954, 955 - il penalista non sempre si rende conto dell'artificialità della separazione tra concetto sostanziale e prova. Sul punto sono rivelatrici le riflessioni di K. VOLK - *Sistema Penale e Criminalità Economica. I Rapporti tra Dommatica, Politica Criminale e Processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 88-89 -: "Noi siamo abituati a separare concetto e prova. La questione relativa all'esatta definizione di un elemento della fattispecie – cioè, ad esempio, quella relativa al che cosa 'è' un documento o la causalità – viene trattata diversamente da quella che concerne il modo in cui si provano tali elementi, ovvero si 'accertano' le circostanze di fatto. Questa distinzione non è né cogente, né ovvia, Vi sono numerosi campi del sapere in cui non si può lavorare così. In essi, è il procedimento probatorio a decidere dell'esistenza di determinati fenomeni (numeri, stelle, particelle elementari, ecc.). I giuristi, invece, ritengono che l'individuazione di ciò che è concettualmente 'esatto' sia importante in modo diverso dal problema relativo al modo in cui lo si realizza e lo si prova. La nostra distinzione fra teoria e prassi trova la sua corrispondenza nei diversi sistemi di norme del diritto sostanziale e processuale. Il sistema giuridico conosce due forme di pensiero diverse per l'esattezza (definizione, interpretazione) e la verità (prova, convincimento). Noi procediamo, in rapporto alla questione di diritto, in modo diverso dalla questione di fatto".

[478] Incaricati dell'applicazione dello stesso sono dunque sia il legislatore che l'interprete. In particolare si può affermare che il principio studiato svolga nei confronti dei soggetti indicati il medesimo ruolo che l'obbligo di motivazione svolge nei confronti del *fact finder*. Quanto a quest'ultimo vale la seguente riflessione: "i limiti del potere di giudicare sono fissati dai limiti del potere di motivare. Si deve motivare tutto ciò che si decide e si può decidere solo ciò che si può motivare. In questo senso la motivazione, oltre che una 'garanzia epistemologica' (una garanzia per il giudice) è anche una 'garanzia processuale' (una garanzia nei confronti del giudice)". Parallelamente i limiti del potere di individuare un concetto penalmente rilevante sono fissati dai limiti del potere di accertare il suo enunciato fattuale nel processo: in tal senso, dunque, il principio di determinatezza epistemologica è una garanzia di tipo sostanziale.

profonda che supera la dicotomia sostanziale/processuale[479]: i limiti del potere (giuridico) di incriminare sono dettati dai limiti del potere (di fatto) di motivare, o, detto in altri termini, si può incriminare solo ciò che si può accertare e si può accertare solo ciò che si può motivare[480].

Ecco perchè abbiamo anticipato che il principio di determinatezza epistemologica svolge il ruolo di norma di chiusura della teoria generale del reato: mostrando che le garanzie del diritto penale sono inadeguate se costruite ignorando la realtà del processo, il principio in esame realizza un fondamentale ponte tra il piano sostanziale e quello processuale, tra la 'certezza del diritto' e la 'certezza dell'accertamento'.

In tal modo esso conferisce coerenza e unitarietà all'intero sistema ordinandone le garanzie in uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi [481]di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio.

1.3. Segue...di condanna...

Chiarito cosa possiamo intendere in tale sede per "ragionevoli" e "previsioni" – rinviando al par. 1 sezione III la combinazione degli elementi strutturali della formula con il parametro della *probabilità* - non ci resta che provare a tracciare una sagoma dell'oggetto delle ragionevoli previsioni, ovvero la condanna, tema che – come abbiamo anticipato – involge brevi considerazioni sull'onere di motivare da parte del giudice e sulla regola di giudizio da seguire in ogni alternativa decisoria.

Anche in tal caso partiamo da un assunto banale: se il codice penale afferma che "chiunque commette il fatto X è punito con la pena Y", è del tutto evidente che la pena Y in tanto può essere applicata in quanto sia provato sino all'ultima molecola il fatto X, di tal che identificare la regola di giudizio equivale a identificare la proposizione da provare. Il secondo step del nostro ragionamento è che ogni proposizione in tanto può dirsi "provata" in quanto lo sia "oltre ogni ragionevole dubbio", formula preziosamente

[479] F. PICINALI, op. cit. pag. 207.

[480] La motivazione rappresenta così il momento di riscontro del rispetto del principio di determinatezza epistemologica in quanto costituisce lo specchio della realtà fattuale filtrata attraverso le maglie giuridiche che condizionano l'accertamento processuale. In ragione di ciò non soltanto essa svolge un controllo *ex post* sulle scelte di incriminazione, ma rappresenta anche una fondamentale base per l'individuazione di vincoli di determinatezza da porre alla formulazione di nuove fattispecie. Infatti la motivazione costituisce un serbatoio di conoscenza del reale con il quale il legislatore e l'interprete sono chiamati a fare i conti: non solo il principio di determinatezza epistemologica impone a questi una particolare attenzione alle conoscenze scientifiche e alle possibilità di ricostruzione fattuale da esse offerte, ma richiede anche che essi siano recettori del senso comune e attenti lettori di sentenze, che di quest'ultimo in particolare sono importanti depositari.

[481] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, IX ed., 2008, p. 6.

indeterminata, non essendo possibile quantificare la probabilità necessaria per ritenere raggiunta la prova (della condanna, come di qualsiasi altro tema)[482].

Posto che la determinatezza processuale si aggiunge come ulteriore parametro di validità sostanziale di una formula concettuale, proviamo ad utilizzare nella nostra indagine la formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio[483], caratterizzata dalla fruibilità processuale nel senso sopra specificato.

1.3.1. Cenni sullo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

La vasta latitudine applicativa dell'oltre ogni ragionevole dubbio impone naturalmente in questa sede una sintesi, ferma restando l'utilità del tema in quanto, partendo dal significato di *ragionevole dubbio,* possiamo avvicinarci il più possibile – mediante il canone di determinatezza epistemologica – al perimetro delle *ragionevoli previsioni di condanna*, o meglio – formulata in negativo – a comprendere cosa sicuramente non rientri sotto le ragionevoli previsioni di condanna (par. 1 sezione III). Solo allora potremo provare altresì - tenendo come punto di repere quello che rientra nell'*oltre ogni ragionevole dubbio* valido in chiave dibattimentale per la pronuncia di assoluzione quanto meno ai sensi dell'art. 530 c. 2 c.p.p. - a procedere a ritroso, individuando a monte ciò che non rientra più nell'area semantica dell'*oltre ogni ragionevole dubbio,* e può rientrare invece nelle *ragionevoli previsioni di condanna.*

---

[482] Secondo P. FERRUA (2), *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in Discrimen, 16.12.2020, pag. 10, non occorre una espressa enunciazione della regola di giudizio da seguire in ogni alternativa decisoria: la regola di giudizio è implicita nella stessa costruzione della fattispecie – sostanziale o processuale, a seconda del tema oggetto di prova – che sta a base dell'alternativa decisoria, senza alcuna necessità di ulteriori precisazioni. Quindi, per quanto riguarda l'accertamento dei reati, la regola appartiene al diritto penale sostanziale. Da questo punto di vista superfluamente il codice di rito afferma che, per pronunciare la condanna, occorre la prova oltre ogni ragionevole dubbio del fatto X; nulla muterebbe nel silenzio della legge processuale, e neanche se non esistesse l'art. 27 comma 2 Cost. relativo alla non presunzione di colpevolezza, per la semplice ragione che la disposizione penale è costruita sulla punibilità per la commissione del fatto e non sull'esenzione dalla pena per chi non lo abbia commesso. L'alternativa tra condanna e proscioglimento vede la condanna come il termine «marcato» - perchè contiene la proposizione da provare - rappresentata dalla colpevolezza, mentre il proscioglimento costituisce il termine «consequenziale», perchè la sua affermazione da parte del giudice è puramente consequenziale all'assenza di una piena prova della colpevolezza. In ogni alternativa decisoria il "termine marcato" è quindi quello di cui la legge definisce i presupposti, mentre consequenziale è quello che opera in loro assenza. Il codice penale dice in quali casi si è puniti, individuando così la condanna come termine marcato. Immaginiamo ora che alla disposizione che punisce il fatto X se ne aggiunga – come accade nel codice penale per le scriminanti – una seconda, in base alla quale non è punibile chi abbia commesso il fatto X in presenza del fatto Z. È altrettanto evidente che, secondo il tenore della formula, l'autore del fatto X può invocare la non punibilità solo in quanto sia pienamente provato il fatto Z (che costituisce, per l'appunto, un fatto impeditivo della punibilità). Ne deriva che, stando al codice penale, la piena prova delle cause di non punibilità, in quanto fatti impeditivi, dovrebbe sempre essere offerta dalla difesa, o, detto più correttamente, il rischio per la mancata prova delle cause di non punibilità graverebbe interamente sulla difesa. Qui, tuttavia – e questa volta non superfluamente - interviene la legge processuale (art. 530 comma 3 c.p.p.) che generosamente corregge parzialmente le conseguenze che deriverebbero dalla legge penale sostanziale, in ossequio ad un *favor innocentiae* propiziato dall'art. 27 comma 2 Cost.

[483] C. SOTIS (5), op. cit. pag. 1150

Secondo Carlo SOTIS la formula concettuale del ragionevole dubbio come limite al libero convincimento del giudice è "perfetta" in quanto è per sua natura e funzione esattamente un "programma di azione", che pensa al momento dell'applicazione avendo il precipuo obiettivo di ridurre la frattura tra la legalità sostanziale e la fase dell'accertamento[484]. Anzi, il ragionevole dubbio sarebbe una "piattaforma di costruzione di programmi di azione" nel senso che la clausola BARD - *beyond any reasonable doubt* - richiedendo lo standard di verifica oltre ogni ragionevole dubbio, impone una serie di oneri argomentativi tali da obbligare le formule concettuali a dotarsi di idonei "programmi di azione"[485].

Scendendo ancora di livello nella nostra indagine, troviamo che il punto di contatto tra la regola BARD e le formule assolutorie dubitative - cui la riforma Cartabia ha sostituito le ragionevoli previsioni di condanna mediante l'art. 425 c. 3 c.p.p. – era stato rilevato in tempi non sospetti dalla giurisprudenza[486], secondo la quale la *mancanza*, l'*insufficienza* e la *contraddittorietà* della prova costituiscono casi di ragionevole dubbio[487], aggiungendo che l'introduzione della formula nell'art. 533 comma 1 c.p.p. era stata meramente descrittiva, in quanto lo standard "al di là di ogni ragionevole dubbio" era già implicitamente prescritto dal comma 2 dell'art. 530 c.p.p.

> Questa tesi interpretativa necessita di un'importante precisazione. Se da un lato è senz'altro corretto affermare che la norma richiamata è compatibile con lo standard, dall'altro va però riconosciuto che essa non lo prescrive, in quanto la sua formulazione non esclude l'applicazione di standard meno stringenti. Infatti, se si esclude il criterio della *mancanza*, che riguarda l'assenza assoluta di elementi di prova, i restanti criteri sono suscettibili di essere declinati a seconda della regola di giudizio adottata. La prova potrebbe infatti benissimo ritenersi *insufficiente* o *contraddittoria* anche alla luce dello standard del "più probabile che non". Soltanto un'interpretazione costituzionalmente orientata[488] del comma 2 dell'art. 530 c.p.p. - in particolare facente leva sul principio di legalità e sulla presunzione di innocenza - può condurre a ritenere che lo stesso prescriva lo standard al di là di ogni ragionevole dubbio, inteso come la regola di giudizio più severa tra quelle praticabili. In virtù di quanto affermato si comprende che il concetto di ragionevole dubbio serve a stabilire quando l'insufficienza e la contraddittorietà della prova sono rilevanti ai fini della decisione. Non è dunque corretto sostenere che vi sia un rapporto di implicazione

[484] M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, pag. 104 e ss.

[485] Come è noto, è la strada intrapresa in tema di causalità con la sentenza Franzese, dove il secondo livello di verifica - quella della certezza processuale - si compone per l'appunto dell'espletamento di quegli oneri argomentativi che devono essere svolti per potere fondare la certezza processuale, definita, per l'appunto, in negativo, come quella che comincia dove finisce il ragionevole dubbio.

[486] F. PICINALI, op. cit. 106 e ss.

[487] Cass, Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in banca dati De Jure.

[488] F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, p. 211 ss.

logica del primo dalle seconde, perchè queste ultime potrebbero essere di un'entità tale da non sollevare un ragionevole dubbio[489].

I criteri di cui al comma 2 dell'art. 530 c.p.p. illuminano una peculiarità del dubbio: esso può sorgere non soltanto dalle affermazioni che contrastano l'ipotesi accusatoria, ma anche dall'inevitabile spazio di silenzio che circonda quest'ultima. Nel primo caso si avrà una prova *contraddittoria*[490], nel secondo caso si avrà una prova *mancante* o *insufficiente*[491].

Proprio la possibilità che il dubbio sorga dal vuoto, dal silenzio, dal non detto, è una garanzia del fatto che la prova al di là di ogni ragionevole dubbio è sostenuta da un adeguato peso probatorio: essa non lascia infatti alcun margine per l'elaborazione di verosimili alternative all'ipotesi accusatoria. E peraltro, questa peculiarità del dubbio fa sì che lo standard incorpori ed esprima al meglio il precetto fondamentale della presunzione d'innocenza, che consente all'imputato l'inazione: il dubbio può sussistere anche se l'imputato non contrasta attivamente l'accusa[492].

Nonostante nasca dai sistemi di *common law*, lo standard americano racchiuso nella regola BARD trova un miglior terreno di applicazione in un ordinamento di *civil law*[493] in virtù non solo del carattere

[489] Si pensi ad alcuni facili esempi. Allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, il fatto che un pubblico ministero per provare l'identità dell'autore di un reato, oltre all'elemento della corrispondenza delle impronte e del DNA, non abbia introdotto ulteriori elementi di prova che servano ad escludere che l'autore fosse un clone dell'imputato, non dà luogo ad un caso di insufficienza tale da sollevare un ragionevole dubbio (ma forse tra qualche decennio le cose cambieranno...). Così come l'imputato che alleghi soltanto un biglietto del treno chilometrico, peraltro sprovvisto di data, per provare che al momento del delitto si trovava altrove, mentre invece numerosi testimoni attendibili sostengono altrimenti, non solleva un ragionevole dubbio pur dando adito ad una contraddittorietà della prova.

[490] Si immagini, ad esempio, che: un pubblico ministero, al fine di provare che l'imputato è un omicida, introduca l'elemento di prova del ritrovamento del suo portafoglio nel luogo del delitto, un parco cittadino; il difensore controbatte asserendo che il portafoglio era stato rubato all'imputato la mattina stessa del giorno del fatto ed allegando prova che egli aveva denunciato immediatamente il furto, nonchè bloccato le carte di credito contenute nel portafoglio. L'affermazione del difensore e la relativa corroborazione potrebbero sollevare un ragionevole dubbio (salvo che non si ritenga che si tratti di una macchinazione dell'imputato; ma per giungere a questa conclusione servirebbero altri elementi).

[491] Pensiamo, ad esempio, che un pubblico ministero per provare il nesso di causalità tra l'esposizione a sostanze tossiche e l'insorgere di una malattia mortale si serva di una perizia che fa ricorso ad una teoria scientifica all'avanguardia, non ancora adeguatamente sperimentata. In tal caso, a prescindere da che cosa venga opposto dal difensore dell'imputato, è la stessa carenza di fondamento della teoria scientifica a sollevare un ragionevole dubbio.

[492] Secondo F. PICINALI, op. cit. pag. 107, *insufficienza* e *contraddittorietà* sembrano essere requisiti sostanzialmente simili: la loro differenza dipende dal fatto che l'inferenza attraverso cui emerge il dubbio sia inespressa (e dunque debba essere svolta dal giudice) o espressa. Ancor meglio, tuttavia, si potrebbe affermare che l'insufficienza includa in sé la contraddittorietà: se una tesi è adeguatamente contrastata significa infatti che essa non è sufficientemente provata. Ad ogni modo il requisito dell'insufficienza (ed ancor prima quello della '*mancanza*') ricorda la natura complessa del dubbio e, illuminato dal parametro della ragionevolezza, rammenta che la soddisfazione dello standard può aversi solo grazie ad una prova pesante, ovvero ad inferenze basate su generalizzazioni e analogie ben fondate.

[493] Indagando il perimetro dello standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio mediante un confronto con il sistema statunitense, ove la regola è nata ed ha costituito ispirazione per il nostro ordinamento, F. PICINALI, op. cit. 27 rileva come l'interesse per quest'ultimo argomento e l'ampio dibattito che su di esso si è sviluppato sono stati senz'altro stimolati dall'atteggiamento permissivo della Corte Suprema statunitense, la quale, pur affermando

professionale dei giudici ma soprattutto dell'obbligo di giustificare la decisione attraverso la motivazione, trattandosi del più potente strumento di razionalizzazione del giudizio che sia stato finora concepito, perchè obbliga a tradurre il giudizio sul fatto in un testo linguistico.

Ma perchè l'oltre ogni ragionevole dubbio assurge a criterio standard? E in che misura questo standard può interagire con le formule delle ragionevoli previsioni di condanna?

Il *reasonable doubt* standard è il miglior candidato per soddisfare le esigenze del sistema, non solo perchè standard probatorio più elevato fra quelli praticabili nel processo, ma inoltre perchè, essendo indeclinabile, garantisce un uguale trattamento ad ogni imputato. È la formulazione dello standard a metterne in luce la severità, discriminando tra i due tipi di ingiustizia menzionati: la ragionevolezza fa infatti da spartiacque tra il dubbio indegno di considerazione - il quale cela l'inevitabile margine di errore connaturato all'imperfezione umana - e il dubbio che non può essere ignorato se non si vuol fare dell'imputato un mero strumento. Poichè tale spartiacque è soggetto alla dinamica del progresso epistemologico (ovvero dipende dai mutamenti del senso comune), lo standard è inevitabilmente in continua evoluzione.

L'*oltre ogni ragionevole dubbio* costituisce in altri termini il livello massimo di prova che si può ottenere nel processo penale, ma rappresenta, al tempo stesso, anche il livello minimo perchè, se si scende sotto quella soglia, si entra inevitabilmente nella zona dei sospetti e delle illazioni; sarebbe contraddittorio ritenere alcunchè provato quando sussistano ragionevoli dubbi sulla sua sussistenza[494].

Lo standard si serve poi della ragionevolezza, in quanto richiede sempre il massimo sforzo possibile da parte di colui su cui grava l'onere probatorio, in quanto consente al *fact finder* di ignorare i soli argomenti inverosimili e incoerenti e dunque incapaci di trovare terreno fertile nella crescente selva della conoscenza umana. Consci che la certezza assoluta è una chimera non possiamo infatti pretendere che il *fact finding* si concluda positivamente soltanto quando gli unici enunciati fattuali che residuano a sostegno dell'innocenza sono illogici[495]. Dobbiamo invece abbassare la soglia rilevante fermandoci al

---

che la *trial court* deve indicare ai giurati il *beyond a reasonable doubt* standard, ha altresì sostenuto che la Costituzione non proibisce alla stessa di definire lo standard, né glie lo impone, lasciando così un'apprezzabile discrezionalità in merito alla soluzione da adottare.

[494] Qualche autore obietta che esistono contesti in cui si segue uno standard inferiore, come nei provvedimenti cautelari, dove varrebbe il criterio del "più probabile che non". È però facile replicare che nei provvedimenti cautelari a mutare non è lo standard probatorio, che resta sempre il medesimo, ma la proposizione da provare: anzichè provare la colpevolezza, si prova (oltre ogni ragionevole dubbio) la probabile colpevolezza. Come si vede, "il più probabile che non" appartiene alla proposizione da provare e non allo standard probatorio.

[495] Pertanto – osserva F. PICINALI, op. cit. pag. 42 - la condanna non sarà evitata affermando che l'imputato si trovava sulla Luna al momento del fatto. Si tratta di un dubbio del tutto razionale (poichè non vi è alcun argomento logico/deduttivo che ci permette di escludere in termini assoluti che ciò sia avvenuto), ma, allo stato attuale del nostro senso comune, non costituisce senz'altro un dubbio ragionevole.

primo livello che garantisca la praticabilità e l'intelligibilità dell'accertamento fattuale: questa soglia è costituita proprio dalla ragionevolezza.

1.3.2. Modelli di prevedibilità della condanna.

Le considerazioni di cui al paragrafo precedente consentono di concludere che la severità e la dinamicità del *reasonable doubt* standard fanno di esso il miglior candidato per realizzare la continua tensione verso la verità (processuale), posto che l'adozione del *reasonable doubt* standard (così come la presunzione di innocenza) non trova *ratio* nella tutela dell'innocente, bensì nella tutela dell'imputato *tout court*. Essa mira a prevenire non solo sentenze di condanna "false", ma anche sentenze di condanna "vere" adottate nonostante l'insufficienza della *evidence*.

Ciò posto, quando una condanna è (ragionevolmente) prevedibile?

Senza anticipare i temi della sezione III – allorquando applicheremo alla struttura della formula in esame il parametro della probabilità logica - in tale sede possiamo chiarire che la prevedibilità si basa di solito sullo studio delle serie storiche, secondo cui ciò che è successo in passato potrebbe ripetersi in futuro. A tal fine possono essere utilizzati[496] il modello *induttivo* e quello *deduttivo*, non potendo certo essere utilizzati criteri di calcolo matematico-frequenziali, come pure in passato era stato sostenuto in alcuni tipi di processi penali[497].

[496] M. ARCARO, op. cit. pag. 7.

[497] Ci riferiamo, evidentemente, alla responsabilità per colpa medica prima della nota sentenza delle Sezioni Unite Franzese. Non sono mancati invero coraggiosi tentativi di innovazione e di introduzione di ciò che viene definito "neo- bayanesimo" giuridico in omaggio al noto teorema statistico (Trib. Milano sent.18 giugno 2015 Gip Gennari, in J. DELLA TORRE *"Il teorema di Bayes fa capolino al tribunale di Milano*", Diritto Penale Contemporaneo). Correttamente è stato evidenziato come l'adozione di tale modello non risolverebbe in chiave di maggior certezza il tema di una decisione fatalmente legata a criteri di elevata probabilità. Come osserva C. COSTANZI - "*La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*" in Questione Giustizia vol.4/18 , pag. 4- «la principale e più nota obiezione prende le mosse dalla determinazione del grado di convincimento razionale sulla base della frequenza di un certo fenomeno all'interno di un sistema dato e preesistente. Questi dati frequenziali, anche detti *prior probabilities* (o *base rate informations*), costituiscono il fondamento imprescindibile del calcolo bayesiano. Ebbene, il teorema di Bayes offre rare applicazioni al di fuori delle «esercitazioni accademiche», in cui, ammessa e non concessa un'ideale completezza probatoria, le *prior probabilities* risultino determinabili efficacemente. Le serie di domande per ricavare dati statistici potrebbero essere poi sostanzialmente "infinite" per cercare di affermare un dato statistico via via in condizioni più simili al caso concreto. Per altro, rimanendo entro le rare ipotesi in cui siano determinabili le *prior probabilities*, rimane comunque rischioso tentare di estrarre da un dato frequenziale informazioni che potrebbero facilmente risultare non rilevanti nel caso concreto o canalizzare il ragionamento probatorio entro pericolosi tunnel (anti)cognitivi. Si pensi al celebre caso giudiziario del «Blue Bus» (Smith v. Rapid Transit, Inc.) presentato da Tribe per screditare il ricorso alla cd. *naked statistic evidence* basata su prior probabilities irrilevanti al caso concreto. Anzitutto, conoscere che in una determinata città l'85% dei bus di colore blu è gestito dalla società A e che solo il restante 15% è gestito dalla società B, non consente ex se di individuare a quale compagnia appartenga il bus blu coinvolto in un incidente notturno. Al più, si può affermare che la frequenza con cui è possibile osservare un autobus blu appartenente ad A è tendenzialmente di 0,85, ma null'altro. Inoltre non è possibile trarre dal dato statistico conferme o smentite sull'attendibilità del testimone che

Il metodo induttivo si basa principalmente sui precedenti giurisprudenziali: ad esempio se 10 sentenze su 100 dicono che in caso di X allora si applica Y in futuro ci sarà il 10% di possibilità che il giudice nel caso X applicherà Y. Tuttavia il modello induttivo non può essere utilizzato per una serie di ragioni. La prima è che il giudice chiamato ad operare in un sistema di *civil law* non è obbligato a conformarsi al precedente giurisprudenziale. In secondo luogo tale modello può essere utilizzato solo per questioni su cui siano presenti un numero considerevole di precedenti, ma anche se così fosse nulla vieta che i precedenti rappresentino degli errori, e un errore ancorchè ripetuto più volte rimane sempre tale; infine, una sentenza non si basa sul numero dei precedenti a favore dell'una o dell'altra soluzione, ma sulla qualità dei percorsi logico-giuridici adottati[498].

Di contro, il modello deduttivo si basa principalmente sull'applicazione della legge ed è quindi più conforme al sistema processuale italiano, secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge stessa (art. 101, co. 2 Cost.). Si farà riferimento quindi alle regole dettate dagli articoli 12 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale (cd. preleggi).

> La differenza tra metodo induttivo e deduttivo può essere spiegata mediante un caso concreto[499].
>
> Tizia guidava l'auto Y, trasportando Tizio, suo convivente *more uxorio* da diversi anni; purtroppo, Tizia causava un incidente, investendo il passante Caio, che subiva gravi ferite e la perdita della gamba destra. Tizia scappava subito, omettendo ogni soccorso. Sopraggiunti i carabinieri, Tizio si dichiarava alla guida dell'auto Y, al fine di favorire la posizione di Tizia che aveva guidato senza patente, perchè revocata, e non aveva prestato i soccorsi.
>
> Ai fini dell'art. 425, comma 3, c.p.p., si pone il problema di capire se Tizio ha una "ragionevole probabilità di condanna" per favoreggiamento personale ex art. 378 c.p., oppure se questa non sussista in ragione dell'estensione al convivente della causa di non punibilità dell'art. 384 c.p.
>
> Le soluzioni sono diverse a seconda del metodo adottato. Se applichiamo quello induttivo, allora bisognerà verificare quante sentenze (almeno nomofilattiche) in percentuale hanno applicato l'art. 384 c.p. in un caso simile; ammettendo che queste saranno in netta maggioranza in ragione del rilievo della sentenza delle SU allora "gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna", così da doversi pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Se applichiamo quello deduttivo, più legato alla lettera della legge, allora si tenderebbe a negare l'applicabilità dell'art. 384 c.p., in quanto riferito al "prossimo congiunto" diversamente dal caso de quo dove appare

dichiari di aver visto un autobus blu della compagnia B, perchè senza ulteriori elementi non è possibile escludere ragionevolmente che abbia visto ciò che è meno frequente».

[498] C. INTRIERI – L. VIOLA, op. cit. pag. 8 - riportano l'esempio di Bertrand RUSSELL: «immaginate di essere un tacchino, che ogni giorno viene alimentato dal proprietario; ebbene, il tacchino penserà che in futuro verrà ancora alimentato e che il proprietario è buono, ma arriva il giorno del Ringraziamento ed il tacchino viene ucciso; il fatto narrato dimostra che la previsione c.d. induttiva, basata solo sui precedenti, è fisiologicamente fallace».

[499] C. INTRIERI – L. VIOLA, op. cit. pag. 9.

un convivente; con la conseguenza che gli elementi acquisiti consentirebbero una ragionevole previsione di condanna, così da dover disporre il rinvio a giudizio.

Secondo Cataldo INTRIERI[500] e Luigi VIOLA, poiché l'inciso *"ragionevole previsione di condanna"* è similare all'inciso *"ragionevole probabilità di essere accolta"* di cui all'art. 348 bis c.p.c., lo *standard* da applicare nella valutazione delle ragionevoli previsioni di condanna in fase di archiviazione e nell'udienza preliminare potrebbe essere quello della c.d. probabilità cruciale, ossia il criterio del "più probabile che non", secondo la formula: P(c) > 50% (probabilità P di condanna C maggiore del 50%).
In un caso del genere il giudice dell'udienza preliminare, nello spirito della nuova riforma, si troverà di fronte al dilemma se applicare la soluzione che a lui sembra più convincente (che può non coincidere con la soluzione offerta) o a quella più probabile. La lettera della legge gli impone questo tipo di valutazione per cui il ricorso a strumenti statistici ed algoritmi fornirebbe il responso più rispondente all'impostazione del legislatore.
Il giudice dovrebbe prevedere, ossia effettuare una prognosi sul principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, e naturalmente non accertare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio; la prognosi relativa al principio B.A.R.D. dovrebbe quindi tradursi in uno standard superiore al 50% rispetto all'ipotesi contrastante in quanto una previsione siffatta non può non essere superiore al 50%.
Di conseguenza, previsioni che vadano al di sotto di tale soglia dovranno portare alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere (o all'archiviazione del procedimento): se la difesa, ad esempio, prospetta ipotesi alternative che sono equivalenti a quelle dell'accusa, il GUP e il Giudice dell'udienza predibattimentale devono prosciogliere, e il GIP archiviare.
Di questi temi, tuttavia, potremo occuparci efficacemente dopo aver sviluppato la formula delle ragionevoli previsioni di condanna nelle varie fasi procedimentali.

2. Le ragionevoli previsioni di condanna in sede di richiesta di archiviazione: una regola di comportamento/valutazione per il P.M.

Abbiamo sopra tracciato i confini del significato "ragionevoli previsioni di condanna", al fine di poter affrontare con maggiore consapevolezza come si orienta concretamente la formula nella fase dell'archiviazione, nell'udienza preliminare e nell'udienza dibattimentale, e provare ad individuare un criterio ermeneutico minimo, da un lato idoneo a riflettere in modo coerente le esigenze discretive,

[500] C. INTRIERI – L. VIOLA, *op. cit.* pag. 6

dall'altro capace di offrire un programma di azione, o, per dirla meglio, che trovi la sua validità sia nella capacità di distinguere in modo coerente e conforme allo scopo, sia nella fruibilità processuale.

Come anticipato, il legislatore delegato aveva modificato la formula proposta dalla Commissione Lattanzi, a tenore della quale l'archiviazione e il non luogo a procedere dovevano essere pronunciati «*laddove* fosse emerso *che gli elementi acquisiti non* erano *tali da determinare la condanna*».

La differenza tra le due versioni non era di poco momento[501], ove si consideri che l'eliminazione dell'elemento predittivo avrebbe certamente degradato il profilo prognostico della decisione del giudice, esaltando quello diagnostico, come è stato comunque sostenuto parlando di «severa discrezionalità solo formalmente amputata dalla norma»[502].

A prescindere dal tenore della formula rilasciata dal D. L.gs. 150/2022, si deve intanto valorizzare la circostanza per la quale il parametro che il pubblico ministero deve utilizzare nello sciogliere l'alternativa tra archiviazione e richiesta di rinvio a giudizio è stato (finalmente) inserito nel codice, in tal modo determinandosi l'espressa abrogazione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., la cui lettera definiva i contorni della infondatezza della *notitia criminis*[503], come ampiamente rappresentato nel capitolo precedente[504].

Abbiamo ormai appreso che la riforma in esame riposava sull'elevato numero di assoluzioni dibattimentali pronunciate sulla base dello stesso compendio indiziario posto a base delle indagini preliminari[505], che tuttavia scontava la difficoltà di mettere in relazione due fasi (indagini e dibattimento) strutturalmente e funzionalmente eterogenee: la prima maneggia elementi raccolti unilateralmente dall'inquirente (e, quindi, per definizione parziali); la seconda, invece, ragiona con le prove acquisite dialogicamente in un contesto dialettico, con la forza maieutica del contraddittorio.

---

[501] Così M. ARCARO, op. cit. pag. 4.

[502] A. DE CARO (1), *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in Arch. Pen. n. 3/2022, par. 5, pagg. 20-28.

[503] R. DEL COCO, op. cit. pag. 89 rileva la possibilità di ravvisare, già nella vigenza dell'attuale normativa, una sostanziale equivalenza sintattica tra la prognosi di «sostenibilità dell'accusa in giudizio» e la prognosi di condanna, confermata dal semplice rilievo che pure un'accusa non sostenibile in giudizio deve condurre necessariamente l'imputato verso un epilogo assolutorio, essendo del tutto disfunzionale l'ipotesi del pubblico ministero che eserciti l'azione penale in vista di un esito proscioglitivo.

[504] Magari – osservano A. GAITO- R. LANDI, op. cit. pag. 10 - ci si sarebbe potuto augurare (allora e tuttora) un freno al «solipsismo» dell'inquirente nella fase in cui si forma quel fascicolo su cui poggiano le determinazioni: sia sul versante strettamente defensionale - con la previsione di una interlocuzione sugli elementi a favore dell'indagato - sia sul versante latamente disciplinare, demandando la trasparenza e la conoscibilità del tasso di giudizi non 'superficiali' azionati e condotti fino all'esecuzione dal singolo magistrato nonché dal relativo ufficio. La necessità di intervenire sull'arsenale valutativo posto a disposizione del P.M. (e del GIP) nella fase della richiesta di archiviazione poteva desumersi - secondo M. CECCHI, op. cit., pag. 9. - anche dal fatto che tale regola era rimasta invariata dalla introduzione del codice Vassalli, mentre era stata più volte modificata quella disciplinante l'udienza preliminare, pur trattandosi di norme speculari, indice sintomatico della sottovalutazione da parte del legislatore della interdipendenza tra le stesse.

[505] M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, op. cit. pag. 44

In altre parole, anche la modifica della richiesta di archiviazione è stata introdotta nella prospettiva di evitare dibattimenti inutili, ove per dibattimenti utili non si intendono per forza quelli che si traducono in una condanna: dalla prognosi alla conclusione passa, infatti, la "cometa" del contraddittorio dibattimentale che può attrarre a sè tutto ciò che incontra, restituendolo mutato, anche radicalmente[506]. Senza considerare poi che il dibattimento è condizionato da una moltitudine di fattori: dal modo con cui viene condotto dal giudice e dalle sue capacità[507], all'essenziale contributo offerto dalla difesa e più in generale dalle parti private sotto il profilo probatorio e dialettico; dall'esercizio di una retorica utile a fomentare il dubbio, ai tempi trascorsi dai fatti; dalla conseguente difficoltà/facilità di formare la prova in modo genuino, al modo con il quale l'elemento investigativo è stato raccolto. Sono tutte variabili che restituiscono uno scenario sideralmente distante dal territorio investigativo, ove il pubblico ministero indica il senso di marcia e "dirige il traffico" in modo quasi sempre unilaterale.

La modifica incide (*rectius*, dovrebbe incidere) sensibilmente sul P.M., il cui approccio alla nuova regola di valutazione è stato lumeggiato anche dal C.S.M.[508] nel parere reso sulla riforma, secondo il quale il complesso di norme che ora regolano l'archiviazione dovrebbe comportare: da un lato, una maggiore responsabilizzazione degli uffici di Procura; dall'altro, l'esaltazione dell'appartenenza del pubblico ministero alla cultura della giurisdizione, che assumerebbe «*nel corso delle indagini preliminari un approccio 'terzo' rispetto alla* notitia criminis*, ponendo in essere tutte le attività necessarie ad accertare*

[506] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 20.

[507] La prassi rilascia molto spesso condotte *borderline* da parte del Giudice del dibattimento, in grado di incidere pesantemente sull'esito del Giudizio.

Mi spiego meglio.

Ai sensi dell'art. 506 c. 2 c.p.p. – recante l'intestazione "Poteri del presidente in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private" - 2. «*Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate nell'articolo 210 ed alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame. Resta salvo il diritto delle parti di concludere l'esame, secondo l'ordine indicato negli articoli 498, commi 1 e 2, e 503, comma 2*». Le ragioni di tale cadenza temporale sono semplici: spetta solo alle parti compulsare i testimoni secondo le regole dell'esame e controesame, essendo il Giudice terzo imparziale e non avendo poteri dispositivi probatori secondo le regole del processo accusatorio sopra rassegnate. Cosa succede se il Giudice non rispetta la cadenza temporale prevista da tale norma, rivolgendo direttamente domande ai testi prima della parte che li introduce? Semplice, finisce per orientarne le risposte, anticipando domande che avrebbe rivolto la parte, o peggio, bruciando domande che la parte avrebbe potuto rivolgere in sede di controesame per screditare l'attendibilità del teste. Purtroppo questa prassi – invero molto diffusa – è allo stato priva di sanzioni processuali efficaci, come l'inutilizzabilità, prevedendo la Suprema Corte (Cass. Pen. Sez. VI, 30.1.2013, n. 28247, in Banca dati De Jure) semplicemente che «*l'assunzione della prova testimoniale direttamente a cura del giudice, pur non essendo conforme alle regole che disciplinano la prova stessa, non dà luogo ad alcuna nullità, non essendo riconducibile alle previsioni di cui all'art. 178 c.p.p., né ad inutilizzabilità, trattandosi di prova assunta non in violazione di divieti posti dalla legge bensì con modalità diverse da quelle prescritte...ma è affetta da mera irregolarità che, però, impone un aggravamento degli oneri motivazionali del giudice che intenda fondare la propria decisione su di essa...*» (Cass. Pen. Sez. II, 11.9.2019, n. 48957, in Banca dati De Jure). A ciò si aggiunga che la violazione del diritto di difesa in casi del genere non è sanzionata con la nullità assoluta, ma con quella relativa, che obbliga il difensore a far rilevare al Giudice che egli sta violando le regole del gioco (sic!), pena la decadenza dalla valida proposizione di doglianza al giudice superiore sul punto.

[508] Parere C.S.M., 29 luglio 2021, allegato 4, 3, in www.csm.it.

compiutamente lo svolgimento del fatto e a individuare il responsabile, ricercando, quindi, anche elementi a favore dell'indagato», così da potersi ravvisare nel titolare della pubblica accusa «*il primo giudice del materiale investigativo raccolto*» che dovrà essere valutato «*con obiettività e nell'ottica del futuro dibattimento*» da chi non sarebbe «*titolare di alcun interesse di parte, se non quello volto all'accertamento del fatto-reato e all'individuazione di chi l'ha commesso*».

Il passaggio dal tradizionale *in dubio pro actione*[509] all'*in dubio pro reo* anche all'esito della fase investigativa o in sede di controllo sul legale esercizio dell'azione penale segna una profonda diversità rispetto all'assetto codicistico precedente alla riforma Cartabia, assumendo ruolo cruciale soprattutto nel caso in cui le indagini preliminari abbiano rilasciato un quadro di incertezza in ordine al fatto iscritto nel registro notizie di reato. Mentre, laddove le indagini preliminari consentono di raggiungere la chiarezza dimostrativa dell'insussistenza del reato ipotizzato, un eventuale esercizio dell'azione si trasformerebbe in un'accusa azzardata, contraria già alla previgente disciplina, inammissibile secondo la disposizione in esame, la cui regola rappresenta comunque una proiezione diversa dalla valutazione sull'oltre ogni ragionevole dubbio effettuata all'esito del dibattimento.

Con tali distinguo, entrambe le formule (previste dagli articoli 408 e 425 c.p.p.) restano ancorate alla prospettiva di far transitare al dibattimento le «*situazioni di presunta futura colpevolezza, seppure basata su materiale investigativo caratterizzato da una valenza "dimostrativa" provvisoria*»[510], fermo restando che la regola di "comportamento/valutazione" per il PM e quella di "giudizio" per il GUP sono collocate in una prospettiva di tipo prognostico, da non confondere tuttavia con quella diagnostica tipica del dibattimento (art. 533 c.p.p.)[511].

---

[509] Chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della disposizione in esame, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 88 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586, aveva ancorato il giudizio in ordine alla consistenza degli elementi investigativi al parametro della «non superfluità del processo penale». Nella prospettiva privilegiata dai giudici della Consulta, invero, la scelta in favore dell'azione avrebbe dovuto essere rapportata non già ad una prospettiva di condanna, quanto, piuttosto, ad una positiva valutazione prognostica in ordine alla necessità di instaurare un giudizio dibattimentale destinato ad accertare la fondatezza dell'ipotesi di reato. Di qui, l'affermazione di quel discutibile canone "*in dubio pro actione*" per cui, nei casi dubbi, l'azione penale avrebbe dovuto essere sempre e comunque esercitata, anche se lo stato degli atti investigativi avesse indotto a preconizzare un esito sfavorevole. Com'è agevole intuire, l'adesione a tale lettura recava con sé una inevitabile diminuzione dello *standard* di approfondimento necessario all'instaurazione del processo, alimentando l'idea che pure un panorama accusatorio insufficiente e, correlativamente, un'attività investigativa lacunosa, avrebbero imposto al titolare dell'accusa di approdare alla successiva fase dibattimentale.

[510] Così G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in Arch. Pen. n. 3/2022, par. 4, pag. 12.

[511] E. N. LA ROCCA, op. cit. 27, osserva a tal proposito come, con la nuova regola di giudizio, il giudice è chiamato ad una valutazione molto più approfondita sugli elementi acquisiti dal pubblico ministero, per verificare poi se questi siano idonei, se confermati in dibattimento -e quindi in una prospettiva prognostica- a provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, e non più solo a sostenere l'accusa in giudizio. Secondo F. MORELLI, op. cit. 31, non si tratta di passare al vaglio del contraddittorio dati che hanno già iniziato a formarsi nella fase investigativa, e quindi, semplicemente, di saggiarne la tenuta. Il ruolo dell'istruzione dibattimentale è quello, al contrario, di creare elementi di conoscenza fino

La difficoltà consiste (e lo vedremo quando introdurremo il tema della diade ragionevolezza/previsioni di condanna) nell'individuare un criterio che possa orientarci nelle fasi in cui il legislatore ha introdotto la formula delle ragionevoli previsioni di condanna, tarato non più sulla sostenibilità dell'accusa al dibattimento, bensì sulla concreta previsione di una probabile condanna "oltre ogni ragionevole dubbio". Il rischio concreto – lo ripetiamo - è che si operi una torsione delle valutazioni nate per ragioni meramente procedurali trasformandole (radicalmente) in una sostanziale anticipazione del giudizio di merito[512], resa sulla scorta di materiale dimostrativo non controllato e raccolto unilateralmente, senza prove e con un contraddittorio superficiale[513].

Chiarita la *ratio*, merita rilevare come l'introduzione della nuova regola di valutazione nella fase delle indagini preliminari solleva dubbi: da un lato, in ordine alla sua compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.; dall'altro con la presunzione di non colpevolezza.

Quanto al primo, non può sottovalutarsi come le ragionevoli previsioni di condanna finiscano per sortire un temperamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Il radicale cambio di prospettiva della regola di valutazione introdotta dal D. Lgs. 150/2022 all'art. 408 c.p.p. rilascia un evidente bilanciamento tra il criterio dell'efficienza processuale e il principio di esercizio obbligatorio dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., che rispondeva, sotto la previgente disciplina, alla logica dell'*in dubio pro actionem.* La nuova regola tende in altri termini a mitigare il principio di obbligatorietà, con lo scopo specifico di renderlo maggiormente effettivo e sostenibile, pur nel rispetto di quelli che sono i valori centrali che esso tende a proteggere[514].

---

ad allora inediti, del tutto nuovi e mai esistiti prima. Si dovrebbe allora dire che è sempre e strutturalmente irragionevole prevedere la condanna nell'udienza preliminare, perché gli elementi che soli possono superare ogni dubbio ragionevole devono ancora venire in essere.

[512] Secondo C. SANTORIELLO, op. cit. 2 e P. FERRUA (1), op. cit. pag. 66, se la logica è quella di evitare azioni penali inutili in quanto non funzionali alla condanna, così facendo si corre tuttavia il rischio di spostare l'asse del processo verso le indagini preliminari.

[513] Secondo G. GARUTI, op. cit. pag. 11, possiamo affermare in una prospettiva di sistema che il legislatore si è mosso in una duplice direzione: per un verso, pur limitandone parzialmente l'ambito, non ha voluto abolire l'udienza preliminare – come pure auspicato ad es. da M. DANIELE (3), *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in Sist. pen., 2020, 1, 131 ss.- essendo giustamente «consapevole[...] del suo ruolo vitale per l'operatività di un forte contrappeso all'impulso del P.M.; per l'altro verso, ponendo direttamente la condanna come oggetto di valutazione in sede di esercizio dell'azione penale, ha irrimediabilmente spostato l'asse del processo verso la fase delle indagini preliminari, introducendo un modello assai diverso rispetto a quello dell'impianto codicistico originario, che secondo C. SANTORIELLO, op. cit. 3, prevede la valutazione – da parte vuoi del P.M. vuoi del G.U.P.– circa gli elementi conoscitivi raccolti nel corso delle indagini, nell'ottica dell'esito finale dell'intero processo e non in ragione di una loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio.

[514] Secondo R. KOSTORIS, op. cit. pag. 16, la tutela del principio di obbligatorietà dell'azione penale non è più garantita dal *favor actionis* (principio a cui si rapporta quello dell'utilità del dibattimento), ma dal *favor investigationis*: questa interversione tra strumento (l'investigazione) e fine (l'azione) che stride dal punto di vista logico, appare tuttavia come una ferma risposta agli abusi nell'esercizio dell'azione che si verificano sistematicamente nella prassi.

Quanto al secondo, si deve escludere che il criterio ermeneutico in esame confligga con la presunzione di non colpevolezza, se è vero che l'organo inquirente dovrà comunque «*svolgere le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*» ai sensi dell'art. 326 c.p.p. e, parimenti, dovrà garantire «*accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini*» in forza del diverso art. 358 c.p.p. Solo l'aver sondato le rilevanti piste investigative, in un verso o nell'altro, consente infatti al pubblico ministero di formulare quella ragionevole previsione di condanna che deve essere alla base del deposito della richiesta di rinvio a giudizio, evitando così che procedimenti male istruiti o poco istruiti in sede d'indagine possano essere avviati alla fase processuale.

Come vedremo a breve, la dottrina ha intrapreso una serrata riflessione sul significato della locuzione «ragionevoli previsioni di condanna» con riferimento alla richiesta di archiviazione, partendo da un dato condiviso.

Nella prospettiva di una progressiva valutazione compiuta in un primo momento dal P.M. in sede di esercizio dell'azione penale e poi dal G.U.P. in sede di verifica dell'accusa, il materiale investigativo raccolto nel corso delle indagini assume un valore fondamentale, in quanto destinato a raggiungere una soglia probatoria più solida rispetto al passato per potere evolvere nel rinvio a giudizio, superandosi così le interpretazioni tradizionali che ricollegavano la nascita dell'obbligo di agire al criterio dell'*in dubio pro actione*[515].

Pertanto, qualunque situazione di incertezza[516] – valutabile ovviamente allo stato degli atti – non dovrebbe più giustificare il transito al dibattimento, a prescindere dal fatto che in quella sede ci si possa avvalere di risorse cognitive più penetranti e incisive rispetto alle fasi processuali che la precedono (es. i poteri istruttori d'ufficio ai sensi dell'art. 507 c.p.p.); al contrario, qualunque situazione di presunta futura colpevolezza, seppure basata su materiale investigativo caratterizzato da una valenza "dimostrativa" provvisoria, dovrà necessariamente transitare alla fase dibattimentale ove, a seguito dell'assunzione delle prove nel contraddittorio tra le parti, potrà o essere confermata o, invece, essere demolita e approdare a una decisione favorevole all'imputato.

Da qui a ritenere che il dibattimento rischia di svuotarsi, di perdere la centralità assegnatagli dal codice Vassalli, come vedremo il passo è breve.

Dopo avere escluso che le ragionevoli previsioni di condanna in sede di archiviazione siano incompatibili con il principio di obbligatorietà dell'azione penale e con la presunzione di non colpevolezza, possiamo affermare che, da un punto di vista sistematico, con l'introduzione di questo nuovo parametro per la

[515] M. GIALUZ- J. DELLA TORRE, op. cit. 309.

[516] G. GARUTI, op. cit. pag. 12.

richiesta di archiviazione e per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere, le singole fasi del processo ordinario – indagini/udienza preliminare/(udienza predibattimentale/)dibattimento – risultano tutte allineate in una prospettiva unitaria valutabile alla stregua della medesima regola di giudizio, che rimarrà unica nell'obiettivo finale, pur adattandosi, di volta in volta, alle caratteristiche tipiche della fase in cui dovrà essere considerata.

La necessità di diversificare la portata della regola a seconda della fase non è questione puramente accademica[517].

Da un punto di vista pratico, individuare il peso specifico, la tara delle ragionevoli previsioni di condanna in sede di richiesta di archiviazione come nell'udienza preliminare e ancora nella udienza predibattimentale, consente di gestire e regolare meglio i flussi delle notizie di reato dal momento genetico del procedimento (cfr. capitolo 2) a quello del processo, incidendo evidentemente sull'efficienza del sistema penale, circostanza che spiega ancora una volta la centralità della nostra indagine.

Al contrario, la mancanza di un criterio potrebbe enfatizzare l'importanza delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare a discapito del dibattimento[518], che deve continuare ad essere la sede processuale dell'assunzione della prova nel contraddittorio.

Come è noto, secondo le regole del giusto processo rilasciate dall'art. 111 della Legge Fondamentale, l'attribuzione di responsabilità deve giungere inalterata alla fine dell'iter processuale e sconfiggere la presunzione di innocenza, non potendosi fondare ad esempio sulla rappresentazione di un fatto resa dalla dichiarazione testimoniale o dall'esame peritale, ma sulla resistenza che quelle rappresentazioni hanno manifestato ai tentativi ripetuti di confutazione da parte della difesa. Scalfita questa convinzione alla luce delle regole di valutazione introdotte dal D. Lgs. 150/2022, ne potrebbe risentire l'impianto complessivo, poiché la legge sembra riconoscere espressamente che anche dati non forgiati nel contraddittorio possano essere capaci di attingere la soglia cognitiva da superare per ottenere la condanna.

Tale ultimo rilievo consente di estremizzare ulteriormente il dubbio, interrogandosi sulla nuova funzione assunta dal dibattimento, che potrebbe non essere più aperto ed imprevedibile nell'epilogo, dopo le

[517] Secondo R. APRATI (1), op. cit. pag. 13 - la nuova regola di giudizio deve essere analizzata concretamente, e va qualificata come "regola pedagogica".

[518] Non a caso – osserva Ciro SANTORIELLO, op. cit. pag. 4 - porre direttamente la condanna come oggetto di valutazione è il triste segnale di un processo il cui asse è irrimediabilmente spostato verso la fase delle indagini, contenendo il disegno riformatore un radicale ripensamento dei parametri per l'esercizio dell'azione penale e della regola di giudizio che governa la sentenza di non luogo a procedere, nonché una diversa e tutt'altro che neutra distribuzione del carico dibattimentale tra giudice monocratico e giudice collegiale, finendo per immaginare un diverso assetto tra le fasi del processo e, in definitiva, un modello assai diverso da quello dell'impianto codicistico originario, nel quale la verifica dibattimentale dell'accusa dovrebbe assumere il carattere dell'eccezionalità.

modifiche alla fase della richiesta di archiviazione e all'udienza preliminare (e l'introduzione della predibattimentale): se il P.M., il G.I.P., il G.U.P. (e il Giudice del predibattimento) hanno ritenuto sussistenti ragionevoli previsioni di condanna, lo spazio per le difese nel dibattimento potrebbe essere culturalmente compromesso.

Se queste sono le premesse, la fiducia che l'ordinamento processuale ripone nel dibattimento, quale sede dell'accertamento, sembra a rischio.

Tuttavia, resta vero che il decreto che dispone il giudizio non richiede ancora una motivazione, così da non trasmettere il pregiudizio al giudice del dibattimento, che dovrebbe continuare ad accettare, sino in fondo e senza riserve, che la prova si formi esclusivamente nel contraddittorio.

Sorge tuttavia ancora un interrogativo: da che tipo di indagine è supportato il pubblico ministero nell'affrontare la sfida del contraddittorio? E da quale modello di condotta processuale sarà ispirato?

Il tempo ben definito dell'investigazione e il numero potenzialmente illimitato di atti che vi si possono compiere non esclude che il contenuto sia più grande del contenitore. Il che ha conseguenze precise, che si dipanano a lungo termine: avendo raccolto moltissimi dati senza elaborarli in modo compiuto, il magistrato inquirente non sarà necessariamente pronto a portare avanti una strategia precisa. Annasperà infatti tra moltissime informazioni non tutte utili, che sarà difficile riportare ad un disegno comprensibile per il giudice del dibattimento. La sua strategia, per queste ragioni, potrebbe incentrarsi proprio sul recupero di quante più fonti preformate possibile, in modo da replicare nel giudizio l'attività che nella fase preliminare ha portato a termine con successo.

Ciò significa che possono ridursi corrispondentemente spazi difensivi per l'imputato, il quale si vede erodere *chances* di esercitare il contraddittorio tutte le volte in cui il fascicolo del dibattimento si arricchisce di fonti estranee ad esso.

> Così, se il pubblico ministero avrà disposto intercettazioni a dismisura non potrà limitarsi in dibattimento a chiedere l'acquisizione di quelle poche conversazioni davvero rilevanti, ammettendo che è stato sproporzionato il ricorso massivo alla captazione, ma cercherà di giustificare la rilevanza di moltissimi altri dialoghi, magari ambigui, per puntellare la sua ricostruzione. La stessa condotta si potrebbe riscontrare con l'acquisizione dei documenti. Ogni accertamento tecnico si sarebbe già consumato nella fase preliminare, nella migliore delle ipotesi con l'incidente probatorio, e nel dibattimento ci sarebbe spazio solo per un'ulteriore perizia disposta dal giudice. L'accusatore tenterà, cioè, di riproporre in giudizio il suo primo accertamento.

Rappresentate per sommi capi luci ed ombre della regola di valutazione introdotta in sede di archiviazione, possiamo adesso disaminare partitamente la "doppia anima" delle ragionevoli previsioni di condanna in questa fase.

2.1. Il momento diagnostico: le evidenze raccolte a seguito di indagini complete.

Il punto da cui partire è che, a seguito della riforma Cartabia, il titolare dell'accusa deve utilizzare un metro di giudizio orientato all'efficienza, nel senso che dovrà esercitare l'azione penale solo quando l'assetto investigativo è nelle condizioni di far presagire la condanna dell'indagato, a corollario di investigazioni condotte in modo corretto, lecito e legittimo, sulla scorta della modifica in chiave efficientista dell'art. 408 c.p.p., finalizzata ad evitare rinvii a giudizio inconcludenti[519].
Il P.M. dovrà anzitutto "pesare" gli atti raccolti durante le indagini preliminari (momento diagnostico) per poi verificarne la tenuta nell'ottica di un dibattimento che rappresenta ancora la fase deputata alla verifica di tale materiale.

> Si è a tal proposito osservato[520] che i criteri di scelta per la definizione del procedimento penale possono dividersi in *interni* o *esterni*, a seconda che si riferiscano a strumenti tecnici di tipo strettamente processuale, ovvero a fattori estrinseci alle regole processuali. I criteri *interni* al giudizio sono individuabili principalmente nell'istituto della particolare tenuità del fatto - disciplinato dall'art. 131 *bis* c.p., oggi novellato dalla riforma - e nella formula della ragionevole previsione di condanna di cui all'art. 408 c.p.p., come oggi modificato. Si tratta per entrambi di criteri interni perchè afferiscono propriamente alle valutazioni del merito della vicenda procedimentale, ovvero si attagliano all'insieme di fatti ed elementi emersi nel corso delle indagini che compongono l'apparato probatorio che il P.M. deve infine giudicare per determinarsi. Il secondo criterio interno di giudizio rende ancora più evidente la linea finora tracciata di una riforma che intende ampliare per un verso i poteri discrezionali del pubblico ministero di determinazione e di selezione delle vicende penalisticamente più ragionevoli, generando per altro verso una corrispondente maggiore responsabilizzazione dello stesso organo di accusa.

[519] Non sempre – osserva R. KOSTORIS, op. cit. pag. 16 - si ricorre all'archiviazione quando la situazione lo richiederebbe; non di rado il pubblico ministero preferisce seguire la via dell'esercizio dell'azione penale anche in presenza di elementi probatori del tutto inadeguati. Al fondo di questa prassi stanno spesso distorte visioni efficientistiche, atteggiamenti di sostanziale disimpegno e talora anche pressioni mediatiche; resta il fatto che essa determina al contempo un grave pregiudizio per l'imputato, che viene ingiustamente rinviato a giudizio e dovrà attendere tempi lunghi per il riconoscimento della sua innocenza e un grave danno complessivo per tutto il sistema, poichè il *deficit* investigativo/cognitivo viene scaricato sull'udienza preliminare e, da questa, spesso sul dibattimento, imponendo un'inutile e dispendiosa instaurazione di fasi processuali per giungere a un epilogo in partenza scontato.

[520] Cfr. S. DE FLAMMINEIS, op. cit. 1-19.

La formula della ragionevole previsione di condanna di cui all'art. 408 c.p.p. non può differenziarsi in modo sostanziale e netto dal criterio dell'infondatezza ovvero dell'insostenibilità dell'apparato di prove raccolte nel corso delle indagini, semmai aggiungendovi qualcosa in più[521].

Nella parte diagnostica il P.M. deve proporsi come "giudice" di tali atti e considerare il *peso* di eventuali contraddizioni emerse ai fini dell'esito processuale, fermo il rispetto del principio di completezza delle indagini, desumibile peraltro già dalla previgente disciplina[522], permeata da un *favor actionis* discendente dal principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale[523], poiché veniva interpretato, appunto, come onere di verifica per il P.M. della non superfluità del processo[524].

La corretta funzionalità della nuova regola di giudizio presuppone quindi - anche per garantire il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale - un effettivo attivarsi del pubblico ministero nella fase delle indagini, non potendo più mandare avanti un fascicolo caratterizzato da lacune, con la convinzione che possano essere colmate nelle fasi successive. In altri termini, ha senso individuare nella "ragionevole

---

[521] Osserva C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 2, come - contrariamente a quanto sostiene parte della dottrina - è innegabile che vi sia una differenza fra le due formule – quella presente nel riformato art. 408 c.p.p. e quella di cui al previgente art. 125 disp. Att. c.p.p. – . Come sottolineato dalla Corte costituzionale (Corte cost., n. 88 del 1991 in cui si ponevano a raffronto il disposto dell'art. 125 disp. att. c.p.p. e la formulazione della norma contenuta nell'art. 115 del progetto preliminare del codice, analoga a quella proposta in sede di riforma) quando si pone a fondamento dell'istanza di archiviazione l'infondatezza della notizia di reato si richiede una valutazione degli elementi acquisiti considerati non nell'ottica dell'esito finale del processo ma in ragione della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio: se, dunque, si rimane nell'orizzonte decisionale indicato dall'art. 125 disp. att. c.p.p. il quadro conoscitivo risultante dalle indagini deve essere valutato nella prospettiva della (mera) sostenibilità dell'accusa; laddove, invece, lo standard valutativo è quello della prevedibilità della condanna allora il pubblico ministero deve valutare la sufficienza delle prove a sostenere una decisione di colpevolezza e solo in caso di esito positivo di tale giudizio esercitare l'azione penale.

[522]Per quanto la modifica della regola per l'archiviazione possa orientare verso una concretizzazione in funzione della condanna - secondo C. NAIMOLI op. cit. pag. 838 - non può il P.M. anticipare una valutazione nel merito della responsabilità che ricomprenda anche quei profili di incertezza superabile, del materiale raccolto, a cospetto dei quali è impossibile operare una prognosi che ecceda la sola potenziale (piuttosto che prevedibile) condanna dell'imputato. Pertanto a meno di accettare crepe nel principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, generate da un facile slittamento verso una soggettivizzazione del criterio discretivo tra azione e inazione, l'indicazione contenuta nella legge delega, se vedrà la luce nell'impianto codicistico, non può chiedere al titolare dell'accusa di più di una maggiore responsabilizzazione nella prognosi di non superfluità del giudizio in tutti quei casi in cui il dubbio sulle risultanze renda, al di là dell'epilogo decisorio, necessario confidare nelle potenzialità euristiche del contraddittorio.

[523] È un assetto che – in astratto – sembra prospettare un mutamento della stessa visione complessiva del processo e dei rapporti tra le fasi processuali, accentuando il valore cognitivo delle indagini e relegando la verifica dibattimentale a una dimensione di assoluta eccezionalità: in un'ottica efficientistica, ma che, al contempo, appare fortemente orientata anche sul piano del *favor rei*, la vicenda processuale si dovrebbe chiudere al termine delle indagini ove non vi siano solidissimi presupposti per farla continuare, i quali dovrebbero risultare già pienamente evidenti in tale momento. In quest'ottica, il principio di obbligatorietà dell'azione penale viene posto in bilanciamento con quello di ragionevole durata del processo attraverso nuove graduazioni che lo fanno declinare in principio non più di utilità, ma solo di necessità del dibattimento: ogni quadro probatorio dubbio andrebbe automaticamente risolto in un'ottica *pro inactione*. Resta il fatto che in una struttura processuale dall'architettura inalterata, che assegna alle determinazioni inerenti all'azione penale la funzione di verificare la possibilità di iniziare un processo con le maggiori risorse offerte dall'accertamento dibattimentale, è facile immaginare che sul piano concreto, la diagnosi finirebbe facilmente per trasformarsi comunque in prognosi su presupposti alla fine non molto diversi da quelli a cui allude la previgente formula dell'art. 125 disp. att. c.p.p..

[524] R. KOSTORIS, op. cit. pag. 15.

previsione di condanna" lo spartiacque tra azione ed inazione solo se vi è una rigorosa attuazione da parte del titolare dell'azione penale del principio di completezza delle indagini[525]**;** principio che [526] ricollega l'obbligo di esercitare l'azione penale al principio di tendenziale "completezza" delle indagini preliminari, la quale nella struttura del nuovo processo assolve una duplice, fondamentale funzione.

La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad optare per i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale.

Il rispetto del principio di completezza delle indagini rappresenta anche una garanzia per l'indagato[527], in quanto l'individuazione completa degli elementi probatori disponibili in relazione alla specifica *notitia criminis* è indispensabile per una molteplicità di ragioni: anzitutto, consentire al P.M. una scelta *cognita causa* tra azione e archiviazione; correlativamente, permettere un controllo effettivo al giudice che valuta la richiesta di archiviazione o la correttezza della scelta di esercizio dell'azione penale; ancora, permettere all'imputato una scelta consapevole dei riti alternativi.

Il P.M. ha il fondamentale compito di decidere se provocare o meno l'attivazione della *iurisdictio* penale, ma è effettivamente in grado di decidere se postulare o meno l'intervento della giurisdizione solo nel caso in cui si sia procurato materiale idoneo ad esprimere le proprie valutazioni sulla probabile condanna[528]. Così come, a sua volta, il giudice è in grado di effettuare il proprio controllo, tanto nella procedura archiviativa quanto in udienza preliminare, solo a patto che la piattaforma probatoria sottopostagli sia completa; in caso contrario quel controllo diventa una forma priva di qualunque sostanza. Non a caso – si osserva[529] - già nella vigenza dell'art. 125 disp. att. si riteneva che potesse parlarsi di infondatezza dell'accusa sempre che gli elementi acquisiti nel corso delle indagini – ovviamente complete ed esaustive - non fossero stati idonei a sostenere l'accusa in giudizio ovvero se, alla luce delle indagini svolte, un dibattimento apparisse necessario ed utile oppure si configurasse a

[525] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 3,

[526] Corte cost., n.115 del 2001, in banca dati De Jure.

[527] C. VALENTINI (2), *La completezza delle indagini, fra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in Arch. Pen., 2019, 3,

[528] C. VALENTINI (1), op. cit. 12.

[529] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 4.

priori come superfluo perchè non in grado di fornire risultati ulteriori rispetto a quanto raccolto nel corso delle indagini.

Ne consegue che il giudizio posto dall'art. 408 c.p.p. a base della scelta circa l'esercizio dell'azione penale potrà essere sindacato dal giudice delle indagini preliminari non solo sotto il profilo della sua correttezza e condivisibilità, ma anche verificando la completezza del materiale probatorio raccolto dal pubblico ministero, potendo quindi rigettare l'istanza di archiviazione in caso di ritenuta non completezza o insufficienza delle indagini. Il magistrato inquirente, quindi, prima di effettuare una valutazione prognostica sul possibile esito del dibattimento in relazione al materiale indiziario da lui raccolto nella fase delle indagini, deve domandarsi se ha sviluppato le attività investigative in modo adeguato, in termini tali cioè da non consentire l'emersione di ulteriori elementi a carico dell'indagato[530].

Il tema è quindi, anche quello del nesso con il principio di completezza delle indagini preliminari, che devono essere esaustive, devono cioè aver scandagliato in lungo e in largo i temi dell'investigazione sulla notizia di reato iscritta.

Non vi è dubbio che il principio di completezza delle indagini preliminari potrebbe subire delle distorsioni, anche perchè – come rileva Francesco MORELLI[531] – la modifica in esame penalizza principalmente il pubblico ministero, il quale dovrà preoccuparsi di coprire ogni singolo aspetto della futura accusa, circostanza che non garantisce una precisione chirurgica nell'azione investigativa.

Il pubblico ministero post riforma è in una posizione non facile[532]: il tempo non gli è amico, l'indagine ha limiti temporali, e una strategia facile e immediatamente attuabile è quella di raccogliere quanti più

---

[530] Critico verso questa conclusione M. BONTEMPELLI, op. cit. pag. 1150, secondo il quale l'accentuazione dell'importanza del principio di completezza delle indagini imporrebbe al pubblico ministero di svolgere un vaglio sugli elementi conoscitivi acquisiti più penetrante rispetto a quello richiesto ai fini dell'attuale giudizio prognostico (caratterizzato da un grado logico inferiore), il che andrebbe a scapito della durata delle indagini preliminari, dal momento che l'imputazione necessiterebbe di un sostrato probatorio più significativo in termini di attitudine dimostrativa della colpevolezza dell'indagato. Per C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 5. il duplice – e solo apparentemente contraddittorio – risultato perseguito dal legislatore (arresto in sede preliminare delle accuse sfornite di adeguato supporto dimostrativo e sollecitazione dell'attività investigativa del pubblico ministero) richiedeva un ulteriore intervento di riforma. Ciò in quanto il funzionamento del meccanismo introdotto con la nuova disciplina in tema di archiviazione poteva essere facilmente essere messo in crisi dalla censurabile scelta della Procura di svolgere indagini carenti per poi (anzichè avanzare un'istanza di archiviazione che alla luce di quanto detto sarebbe stata respinta) formulare richiesta di rinvio a giudizio, contando sul fatto che, alla luce della regola di giudizio prevista dall'art. 425 c.p.p. in tema di adozione della sentenza di non luogo a procedere, il processo sarebbe comunque approdato a dibattimento, con la speranza che in quella sede, anche mediante un acritico ricorso alla previsione di cui all'art. 507 c.p.p., le lacune probatorie si sarebbero potute colmare. Ad impedire tali esiti dovrebbe essere funzionale la proposta riforma dell'art. 425 c.p.p., purchè la regola di giudizio in tema di adozione di sentenza di non luogo a procedere sia interpretata in termini rigorosi.

[531] F. MORELLI, *op. cit.* pag. 29.

[532] L'individuazione di una regola che vede ampliata la discrezionalità del P.M. nell'assumere le proprie determinazioni - sostanzialmente volta all'*in dubio pro reo*, anziché all'*in dubio pro actione* - proietta nella disposizione attuativa in esame l'esigenza di deflazione processuale tutte le volte in cui non si crede in un migliore sviluppo probatorio dibattimentale. In questo modo la sola preoccupazione di decongestionare il processo giustificherebbe l'interpolazione del dato normativo in chiave di rinforzo del criterio decisorio tra azione e inazione, finendo per privilegiare

elementi possibile lungo tutto l'arco temporale concesso. Un accertamento completo, quando non si ha il tempo di ponderare ogni pista con tranquillità e indirizzare la ricerca verso un filone realmente pensato, potrebbe essere sinonimo di una ricerca spasmodica di ogni possibile elemento anche potenzialmente utile; prendere tutto ciò che si può garantisce di arrivare all'udienza preliminare avendo certamente sotto gli occhi ciò che servirà, anche se frammisto a elementi inutili e confondenti. Selezionare bene ogni elemento da acquisire significa correre il rischio di essere carenti su certi aspetti dell'accusa al cospetto del giudice. Ed in modo assolutamente irrazionale – è questo il punto centrale – non è data alcuna chance di colmare quella lacuna nell'unica sede in cui essa dovrebbe rilevare: il dibattimento.
Verosimilmente sarà la quantità degli elementi acquisiti e non la qualità dell'investigazione a caratterizzare le indagini preliminari. Le conseguenze sulla tenuta dei diritti individuali nella fase preliminare e sulla qualità dell'accertamento saranno significative.

> Si può ipotizzare una acquisizione persino smodata di documenti (anche contenenti dati riservati), la cui rilevanza è stata ben lontana dall'essere puntualmente verificata, o l'audizione di moltissime persone anche collateralmente intersecate con il fatto. Ma è ben più grave preconizzare la persistenza di un uso amplissimo delle intercettazioni, o del captatore informatico in funzione di collettore atipico di dati non comunicativi, complice l'oramai consolidata slabbratura dei presupposti applicativi di tali atti. Analogamente non è difficile assistere ad accertamenti tecnici irripetibili per operazioni perfettamente differibili, e quindi idonee ad essere compiute con un apporto autenticamente partecipato delle difese. L'ansia di cristallizzare ogni accertamento, con un randomico accumulo di elementi, così che possano essere serviti in grande quantità al giudice per l'udienza preliminare, divora ogni altra possibile, e più fruttuosa, strategia investigativa.

Come in un domino, anche il giudice per le indagini preliminari potrebbe essere condizionato dal nuovo compito attribuito dal D. Lgs. 150/2022 all'accusatore, ferma restando la funzione precipua di applicare la legge con il massimo del rigore, cui oggi l'ordinamento abbina la responsabilità di bloccare l'iniziativa investigativa del pubblico ministero con il rischio di rendergli impossibile un accertamento completo sull'addebito.

Alla luce del gravoso compito di quest'ultimo, il giudice per le indagini preliminari potrebbe concedersi di essere più indulgente nel valutare le richieste dell'accusatore, il quale deve completare un

quest'ultima e vedere innegabilmente affievolita la tutela costituzionale del *favor actionis* che, al contrario, ne costituisce l'essenza. Insomma, il proposto esperimento delle maglie del filtro in prospettiva di una gestione efficientistica dell'archiviazione, non può condurre ad ignorare le tensioni sistematiche che inevitabilmente genererebbe.

accertamento che faccia pronosticare una condanna in tempi definiti[533]. Ciò non significa beninteso[534] che la valutazione operata dal P.M. possa essere la stessa del (Giudice dell'udienza preliminare, del Giudice dell'udienza predibattimentale[535], e del) Giudice dibattimentale, avendo le regole di giudizio di cui agli articoli 408 c.p.p. e 530 c.p.p. ad oggetto contenuti diversi: da un lato si trovano le evidenze emerse nel corso delle indagini con tutte le ipotesi di inutilizzabilità (fisiologica), le quali quindi non costituiscono e non sono in grado di costituire prove ai fini di una condanna; dall'altro si trovano le autentiche prove per come emerse all'esito dell'istruttoria dibattimentale.

Eppure a tenore di norma il parametro dell'oltre il ragionevole dubbio riguarda entrambi i momenti di decisione, quello alla fine delle indagini (alla fine dell'udienza preliminare, della predibattimentale) e quello alla fine del dibattimento, ma certo tale non può essere fino in fondo.

È vero che anche il P.M. deve adottare una propria decisione di verità allo stato dell'arte superando ragionevoli dubbi, anch'egli deve cioè sottoporre a falsificazione il materiale probatorio acquisito enucleando eventuali profili di incertezza. Tuttavia, non essendo la decisione del P.M. equiparabile ad una sentenza di condanna, il rigore probabilistico richiesto per la motivazione di quest'ultima non può essere richiesto anche per la scelta del rinvio a giudizio operata dal magistrato inquirente; analogamente, non sarà richiesto uno stringente onere motivazionale per la decisione di rinvio a giudizio effettuata dal giudice dell'udienza preliminare che non decide per una sentenza di non luogo a procedere optando per la sussistenza di ragionevoli previsioni di condanna.

Al netto dei sopra rassegnati timori sulle distorsioni applicative, possiamo concludere che il momento diagnostico del criterio di valutazione che il P.M. deve osservare in sede di richiesta di archiviazione è abbastanza piano, semplice: deve "pesare" gli atti raccolti, dopo essersi domandato se ha sviluppato le attività investigative in modo adeguato, in termini tali cioè da non consentire l'emersione di ulteriori elementi a carico dell'indagato.

---

[533] Si pensi alla richiesta di autorizzazione per le intercettazioni e per i prelievi coattivi di materiale biologico: è pensabile che sia proprio nell'iniziativa riferita ad atti invasivi che si decida di concedere al pubblico ministero un ampio margine di libertà d'azione. Il presupposto è sempre che si accetti di leggere il nuovo art. 425 c.p.p. come il consolidamento della necessità di un accertamento, fondato su atti preliminari, che superi ogni dubbio ragionevole. E non sembra difficile che sia così, invocandosi senza mezzi termini la condanna, che su quello standard si fonda. Ma se anche così non fosse, è sempre possibile che il nuovo criterio per superare il vaglio predibattimentale possa in ogni caso costituire un alibi, per pubblico ministero e giudice nella fase preliminare, in grado di giustificare un'indagine diversa, bulimica, incontrollata. Non è difficile pensare che lo stesso giudice dell'udienza preliminare, di fronte ad una mole così imponente di atti, sulla scorta di una fiducia "istituzionale" nel pubblico ministero, gli conceda il dibattimento senza approfondire troppo le questioni, se non – si spera – stimolato dai rilievi difensivi. Da un lato, egli non si spende, non dovendo motivare il decreto che dispone il giudizio, ed essendo quindi insindacabile ed incontrollabile la sua prognosi ragionevole di condanna. Dall'altro, sarebbe comunque rassicurato dall'imponente lavoro con cui l'accusatore si è presentato al suo cospetto.

[534] S. DE FLAMMINEIS, *op. cit.*, pag. 15.

[535] Cfr. M. DANIELE (1), op. cit. pagg. 1-14.

2.2. L'empirismo prognostico: il ragionevole esito positivo del dibattimento.

Più articolata invece l'indagine sul momento prognostico, a partire dal solito interrogativo su come la nuova regola possa prospettare la concreta possibilità, sulla scorta degli atti disponibili, di un'assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 533 c.p.p. in una fase - le indagini preliminari[536] - nella quale non è ancora stata formulata l'imputazione[537], e quindi il fatto non è pienamente cristallizzato.

Se pare infatti indubitabile che il rinvio a giudizio debba essere pronunciato in assenza di ragionevoli dubbi circa la colpevolezza dell'imputato, non si può ritenere corretto l'atteggiamento del pubblico ministero il quale, di fronte a panorami probatori incerti, consideri comunque "ragionevole" che dal successivo dibattimento possano derivare contributi idonei a superare le anzidette incertezze circa la responsabilità dell'imputato. Ragionare così significherebbe di fatto ritornare al criterio della "utilità del dibattimento"[538], a nulla rilevando la modifica della regola di giudizio, che solo formalmente sarebbe quella della ragionevole previsione di condanna, mentre nella sostanza rimarrebbe quella della sostenibilità dell'accusa in giudizio.

Nel momento prognostico il P.M. deve farsi guidare da un criterio di "condanna probabile", che evoca necessariamente un giudizio di natura probabilistica in quanto il ragionamento che impone una previsione è necessariamente di tal tipo: dalla pregressa valutazione attitudinale degli elementi acquisiti al fascicolo delle indagini in rapporto alla idoneità a reggere o meno l'enunciato accusatorio in dibattimento, il nuovo parametro chiede ora al magistrato inquirente di effettuare un calcolo di immediata pronosticabilità dell'esito *contra reum* del primo grado di giudizio[539].

Pur condividendone il tenore quindi, la formula a disposizione del P.M. in sede di richiesta di archiviazione e quella prevista per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere all'esito dell'udienza preliminare (e della udienza predibattimentale) sono nettamente diverse: la scelta del pubblico ministero è affidata ad una regola di comportamento/valutazione, mentre quella del giudice (all'esito dell'udienza preliminare) rappresenta una vera e propria regola di giudizio[540].

---

[536] Come osserva O. DOMINIONI (1) - *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 109 - nell'iter accertativo criminale si passa, «attraverso "continue verificazioni", "dallo stato di ipoteticità a quello della certezza": dall'ipoteticità – che, nell'attuale sistema processuale, caratterizza il giudizio sotteso all'iscrizione della notizia di reato nel registro – alla certezza sottesa alla condanna dell'imputato.

[537] E. MARZADURI, op. *cit.*, 24.

[538] M. ARCARO, op. cit. pag. 5.

[539] C. SANTORIELLO, op. cit. 4.

[540] Cfr., quanto allo stato dell'arte sulle diverse attribuzioni di P.M. e Giudice sotto un profilo ordinamentale, N. ROSSI (2), *Separare le carriere di giudici e pubblici ministeri o riscrivere i rapporti tra poteri*? In Sistema Penale, 16.11.2023.

In tal senso, le due valutazioni, pur se collegate ai medesimi territori logici, si differenziano sotto il profilo della qualità, come anticipato nelle premesse, nel senso che la prognosi di probabile condanna non avrà, in ogni caso, la stessa proiezione con e senza la mediazione del contraddittorio.

La valutazione effettuata alla fine delle indagini sarà sempre "molto" parziale, nella misura in cui si basa su elementi dimostrativi unilaterali, dovendo il P.M. formulare[541] un'ipotesi declinata sulla scorta del suo progetto investigativo, che percorre un crinale parallelo a quello utilizzato dal giudice all'esito dell'udienza preliminare ovvero di quella predibattimentale.

Anche il controllo effettuato dal GIP sulla richiesta di archiviazione rappresenta una sostanziale verifica sul progetto investigativo e sulla sua completezza, essendo la differenza rappresentata dallo stato degli atti non omologabile dalla mediazione del contraddittorio e dalle qualità (terzietà e imparzialità) del giudice: sono differenze di spessore elevato e non consentono di sovrapporre completamente le due valutazioni.

Così, per attribuire un valore sostanzialmente riformatore alla novella in *parte qua* occorre cogliere il senso della nuova formula legislativa, che non a caso descrive una regola di giudizio prognostico che guarda direttamente al risultato del processo ovvero alla condanna[542], non all'in sé del dibattimento[543].

Di conseguenza, accanto ad un giudizio di diagnosi delle evidenze raccolte nel corso delle indagini - che potrebbero per qualità e quantità non rendere inutile il processo – il P.M. è chiamato ad affiancare anche un giudizio di prognosi sul ragionevole esito positivo dello stesso dibattimento, attraverso tre diverse fasi: l'osservazione critica degli elementi dubitativi o contraddittori; la verifica se la contrapposizione è in grado di minare una decisione di condanna oltre ogni ragionevole dubbio; la "pesatura" delle contraddizioni.

Il P.M. deve anzitutto sottoporre ad osservazione critica il materiale probatorio raccolto al fine di verificare l'eventuale presenza di elementi dubitativi o contraddittori che potrebbero ragionevolmente riproporsi in sede processuale, non dovendo più il processo essere visto come la sede naturale per dipanare tali dubbi se già sono presenti nel corso delle indagini. Al netto dei casi di inutilizzabilità fisiologica di alcuni atti investigativi (ad es.: le intercettazioni disposte in assenza dei presupposti di legge) la logica razionale che deve guidare l'organo di accusa non deve essere quella del "*si vedrà quello che succede nel processo*", intendendo la fase dibattimentale come un momento comunque utilmente riparatorio di lacune investigative, ma quella di lumeggiare già al momento della conclusione delle

[541] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 6.

[542] Secondo R. DEL COCO, op. cit. pag. 90, la sostenibilità dell'accusa in giudizio doveva essere intesa come sostenibilità dell'accusa nel giudizio abbreviato.

[543] C. NAIMOLI, *op. cit.* p. 831.

indagini gli antagonismi tra le evidenze e lanciare lo sguardo nella sede processuale, immaginando se tali antagonismi siano in grado di riproporsi o meno. In caso positivo, il passaggio di ragionamento successivo dovrebbe essere non tanto quello per cui nel processo si potrà trovare una soluzione al contrasto quanto quello se tale contrapposizione sarebbe in grado di minare una decisione di condanna presa attraverso la regola di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p.

Il secondo livello di indagine prognostica impone al P.M. una considerazione ulteriore, ovvero proiettarsi nel futuro del processo e pronosticare altri elementi, già prevedibili al momento della conclusione delle indagini, che potrebbero comunque inficiare un provvedimento di condanna. Tra tutti si pensi al tema della prescrizione. Per giungere ad una sentenza di condanna il Giudice è chiamato a considerare tutti gli elementi emersi nel corso dell'istruttoria processuale[544] e valutarli *ex* art. 530 c.p.p.; tra tali elementi devono essere ricomprese eventuali cause di non punibilità e di estinzione del reato, qualora anche emerse dopo l'esercizio dell'azione penale. È evidente che l'organo di accusa non sarebbe mai in grado (e non gli viene richiesto) di prefigurarsi ogni scenario possibile che potrebbe maturare nel corso di un dibattimento, ma l'ottica del nuovo art. 408 c.p.p. è quella di una prognosi di probabilità e prevedibilità di eventuale maturazione già al termine delle indagini di cause di non punibilità o di estinzione del reato, come per l'appunto la prescrizione.

> Da quest'ultimo punto di vista, per esempio, l'organo di accusa non può non considerare, al fine di determinarsi circa l'esercizio o meno dell'azione penale, la situazione specifica del Tribunale in cui esercita e l'organizzazione relativa alla fissazione delle udienze. Se, dunque, i tempi di fissazione delle prime udienze da parte del Tribunale possono risultare da subito incompatibili con uno svolgimento utile e con un esito positivo del processo, essendo prevedibile e probabile la maturazione de tempi di prescrizione[545], il P.M. è chiamato a ragionare *ex* art. 408 c.p.p. in termini di irragionevole prognosi di condanna (ad es.: un processo per reati contro il patrimonio di modesta entità sarà celebrato con differenti tempistiche presso gli uffici giudiziari di Napoli rispetto a quelli di Torino; un processo per reati tributari sarà celebrato con diversa celerità presso il Tribunale di Milano rispetto a quello di Roma).

A ciò si aggiunga anche la (presumibile) incidenza dei «*criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre*»[546], i quali – come dispone il D.Lgs.

[544] S. DE FLAMMINEIS, *op. cit.*, pag. 16.

[545] In tal senso, GIP Siena 21.11.2023 , mentre pare in senso parzialmente contrario, GUP Tribunale di Patti, sentenza ex art. 425, comma 3, c.p.p. del 27 gennaio 2023, https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/03/gup-patti-sentenza.pdf.

[546] Come osserva F.M. DAMOSSO - *Quale spazio per la seria probabilità di prescrizione nella formulazione della "ragionevole previsione di condanna"? una recente ordinanza del GIP di Siena*, in Sistema Penale, 24.1.2024, pag. 6 – convince la proposta ruotante attorno alla valorizzazione dei c.d. criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, conformemente alla l. 27 settembre 2021, n. 134, ha infatti inserito all'interno delle disposizioni di attuazione del codice di rito l'art. 3-*bis*, a mente del quale «(n)ella trattazione delle notizie di reato e

150/2022 - vanno definiti «*nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili*»[547], circostanza che consente di ritenere che la formula della ragionevole prognosi di condanna allarga lo spettro d'indagine e di discrezione del P.M. da una valutazione del solo *bisogno di processo* per la fattispecie concreta a quella del *bisogno di pena* o, meglio, in questo caso, della *prognosi ragionevole di punizione.*

La formula prevista dall'art. 408 c.p.p. sembra allora fondare un principio di *empirismo prognostico*[548], nel senso che la valutazione richiesta al p.m. si deve attagliare empiricamente al caso concreto inteso in tutti i suoi possibili (e cioè ragionevoli) aspetti evolutivi, non solo quelli fisiologici dell'istruzione dibattimentale, con le problematiche relative alla riproposizione delle evidenze raccolte nelle indagini e gli eventuali elementi dubitativi, ma anche altri aspetti estrinseci rispetto alla sola analisi di consistenza delle prove ma comunque facenti parte del fatto inteso in senso ampio.

Coerentemente con la funzione di "giudice delle indagini", il P.M. deve guardare empiricamente a tutto ciò che dall'indagine può portare all'esito processuale, con ciò intendendo – lo si ripete – non per forza l'assoluzione, ma anche ogni altra circostanza afferente alla punibilità e colpevolezza dell'indagato, quali le cause di non punibilità, la prescrizione, il fatto di particolare tenuità. Così intesa, la formula in esame consente di agganciare ancor di più i fatti che devono essere oggetto di indagine ai principi costituzionali di legalità e colpevolezza, chiamando il P.M. non solo al rispetto del criterio di verifica tassativa dell'esistenza, provata, degli elementi costitutivi del reato, ma anche di ogni altra circostanza attinente

---

nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio». Ebbene, nell'ambito dei suddetti criteri dovrebbe esserne contemplato uno «fondamentale», per cui, all'esito della fase delle indagini, le *notitiae criminis* relative a un'ipotesi di reato ragionevolmente destinato a prescriversi debbono essere «postergate», e non fatte sfociare nell'esercizio dell'azione pur se ritenute astrattamente fondate nel merito. In effetti, a fronte della scarsità delle risorse giudiziarie disponibili sembra difficile mettere in discussione la priorità dell'accertamento di ipotesi accusatorie potenzialmente concrete, rispetto all'accertamento di ipotesi accusatorie per le quali la successiva preclusione a un esame nel merito appaia seriamente probabile. Ne conseguirebbe giocoforza la ripetuta postergazione della notizia di reato, da parte del pubblico ministero, sino all'effettivo maturare del decorso del tempo necessario a prescrivere. Certo, facendo leva sui criteri di priorità verrebbe naturalmente a mancare un controllo giurisdizionale diretto sulle determinazioni del pubblico ministero: quando la futura prescrizione non fosse cioè sicura, ma seriamente probabile a parere di quest'ultimo, il giudice per le indagini preliminari non potrebbe sostituire la valutazione del magistrato requirente con la propria. Nondimeno, bisognerebbe anzitutto considerare l'opportunità di prevedere in capo al pubblico ministero un potere di discostamento dai criteri di priorità, sempre in virtù di adeguata motivazione. Per tale via, infatti, si garantirebbe la possibilità di operare la scelta sull'azione o l'inazione in ragione delle caratteristiche della vicenda concreta eventualmente meritevoli di valutazioni diverse da quelle *standard*, per dir così, alla base dell'elencazione dei criteri di priorità e dunque valide per la generalità dei casi. Inoltre, e soprattutto, bisognerebbe considerare che a compensazione del difetto di controllo giurisdizionale diretto vi sarebbe l'intervento a monte dello stesso legislatore, chiamato a predisporre la cornice dei suddetti criteri, sì da garantirne la legittimazione democratica. Diversamente, per esplicitare l'ovvio, lasciando al solo giudice per le indagini preliminari il compito di sindacare sulle condizioni dell'inazione, una tale legittimazione senz'altro mancherebbe.

[547] M. GIALUZ, op. cit. pag. 42 e ss.

[548] S. DE FLAMMINEIS, *op. cit.*, pag. 17.

alla punibilità e colpevolezza dell'indagato, alla stregua di come è chiamato a fare il giudice, tra l'altro, con i parametri di cui all'art. 133 c.p. [549]

Avendo a che fare con oggetti diversi – ovvero le evidenze investigative − il magistrato inquirente non deve tuttavia porsi il problema del grado di ragionevolezza ovvero della quantità di prognosi o di probabilità necessaria per fondare la propria determinazione, non essendo richiesta una motivazione sul punto. Il riferimento alla ragionevolezza nel caso della decisione che deve prendere il P.M., pertanto, senza richiedere uno sforzo di calcolo quantitativo, richiama piuttosto la consapevolezza dei limiti della mente umana[550], dell'incertezza insita in ogni decisione; quest'ultima per il P.M. non può essere di certa prognosi di una futura condanna[551] ma, appunto, ragionevole, non irrealistica[552].

Ciò naturalmente non significa negare che il riferimento alla prognosi ragionevole di condanna nell'art. 408 c.p.p. abbia voluto aggiungere qualcosa in più rispetto al passato, ed è proprio quel qualcosa in più, di innovativo, che chiude il cerchio del ragionamento[553].

---

[549] Secondo GIP Siena, 21.11.2023, in Sistema Penale 2024, gli elementi raccolti nel corso della fase investigativa, in base ai quali desumere la ragionevole futura dichiarazione di responsabilità penale dell'indagato, si devono ritenere riferiti solo al piano del merito dell'ipotesi accusatoria. La piattaforma del materiale conoscitivo da esaminare al fine dell'eventuale richiesta di rinvio a giudizio, cioè, deve detenere una «forza induttiva e» una «utilità probante tali da addurre plurime e coerenti conferme rispetto ad una ricostruzione dei fatti rispondente ad una astratta fattispecie di reato», nell'assenza di una valida «spiegazione alternativa» degli stessi fatti.

[550] Come avverte R. APRATI (1) - op. cit. pag. 15 - il nuovo criterio decisorio è un invito forzoso rivolto ai p.m. (oltre che ai giudici dell'archiviazione e dell'udienza preliminare): bisogna cambiare la prassi, le pigre abitudini mentali e attrezzarsi di conseguenza. Quando si affronta una battaglia non bastano le armi, serve anche l'armatura.

[551] Appare in tal senso evidente una contraddizione sistematica. Com'è noto, il nostro ordinamento processuale assegna al contraddittorio una funzione epistemologica in tema di formazione della prova, vale a dire che la prova si forma in contraddittorio tra le parti dinanzi ad un giudice terzo e imparziale. Viene, dunque, da chiedersi come possa il *dominus* delle indagini effettuare una prognosi di "assoluzione" senza prima essersi confrontato con il valore epistemologico derivante dall'instaurazione del contraddittorio. Sono evidenti i rischi connessi a tale potere; essi risiedono nell'eccessiva discrezionalità conferita alle Procure di determinarsi nella direzione dell'inazione penale tutte le volte in cui si prevede che non vi sarà condanna. In secondo luogo, deve essere evidenziato il rischio che un eccessivo ricorso a tale strumento possa aumentare esponenzialmente il numero delle udienze camerali di opposizione alle richieste di archiviazione, con il paradosso che ad una diminuzione dei dibattimenti potrebbe corrispondere un aumento esponenziale delle udienze di opposizione. Più è indeterminato il parametro valutativo dell'archiviazione (come pare essere quella della «ragionevole previsione di condanna»), infatti, più vi sarà spazio per proporre motivi di "impugnazione", più sarà possibile che tali opposizioni vengano accolte, determinando una paradossale ritrasmissione degli atti al pubblico ministero, il tutto in violazione della *ratio* deflattiva della riforma. In conclusione, pare difficilmente contestabile che anche tale novità sia figlia della decisione politica di "subappaltare" alla magistratura le istanze e le urgenze della depenalizzazione, com'è accaduto con l'istituto della «tenuità del fatto» di cui all'art. 131-bis c.p., il cui ambito applicativo è stato coerentemente ampliato con l'ultimo intervento riformatore.

[552] Sul concetto di ragionevolezza C. PIERGALLINI, op. cit., pag. 10.

[553] Quanto al possibile utilizzo dell'intelligenza artificiale nel contesto della nuova regola (per come emerge dalla proposta della Commissione Lattanzi), secondo R. KOSTORIS, op. cit. pag. 16, la predizione decisoria dovrebbe misurare attraverso sistemi di ragionamento per dati la presenza di una situazione di certezza probatoria della colpevolezza, che sarebbe inevitabilmente meno sofisticata e sfaccettata di quella possibile in dibattimento per effetto del contraddittorio. Ma potrebbe risultare utile anche un impiego in negativo della predizione decisoria, volta a individuare le aree di dubbio.

Il legislatore della riforma sembra avere confidato troppo nella riscrittura della regola di giudizio per l'archiviazione sulla base dello stesso parametro di merito usufruibile dal giudice del dibattimento. L'*humus* di cui si nutre una tale impostazione risiede, evidentemente, nell'idea che le indagini possano e debbano articolarsi in funzione servente non più rispetto all'azione – come attualmente stabilito dall'art. 326 c.p.p. – ma, addirittura, rispetto ad un giudizio di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio[554] nel malcelato convincimento che investigazioni sempre più corpose e rilevanti sotto il profilo probatorio inducano l'imputato ad arrendersi subito, magari dietro lauto compenso *quoad poenam*, rinunciando al costoso giudizio dibattimentale.

Ma questa omologazione tra regole destinate ad operare in fasi distinte rischia di ripercuotersi, con effetti pregiudizievoli, sia sulle indagini, sia sul giudizio dibattimentale, mutando l'asse dei rapporti tra questi due segmenti del procedimento penale, i quali potrebbero, così, subire una inevitabile torsione e promiscuità funzionale[555].

La nostra ricerca dovrà provare a individuare un criterio ermeneutico che consenta di isolare quanto meno i casi in cui già in sede di richiesta di archiviazione la previsione di condanna è irragionevole perchè irrealistica.

Il tema riguarda anzitutto la prescrizione, nel senso che il P.M., di fronte ad una vicenda prossima alla prescrizione, potrebbe ritenere irragionevole non richiedere l'archiviazione.

> Proviamo a spiegarci con un esempio, tratto dall'esperienza giudiziaria, al fine di comprendere come e cosa cambia rispetto alla regola di valutazione che deve utilizzare il GIP nella fase della richiesta di archiviazione.
>
> Tizio e Caia – legati da rapporti di parentela, nipote e zia - sono indagati dalla Procura della Repubblica di Roma per il delitto di truffa assicurativa (art. 642 c.p.), in relazione ad un incidente stradale che sarebbe avvenuto il 23.2.2018 nei pressi di un'azienda agricola tra due veicoli di proprietà degli indagati, e che, secondo la querela proposta dal legale rappresentante della compagnia assicurativa il 18.9.2018, sarebbe stato falsamente denunciato, circostanza che troverebbe sostegno nelle conclusioni di una consulenza tecnica di parte assicurativa, la quale escludeva la compatibilità dei danni lamentati nella denuncia di sinistro con la dinamica dell'incidente come ricostruita dalla compagnia. Il pubblico ministero emetteva avviso di conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415 bis

[554] Precisa, al riguardo, M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., p. 1151, che il riferimento al ragionevole dubbio «non significa che il p.m. debba applicare la regola di giudizio dell'art. 522, comma 1, c.p.p. ai fini dell'esercizio dell'azione penale».

[555] Come osserva R. DEL COCO, op. cit. pag. 90, non ci vuole, infatti, molto senso pratico per intuire che la fase prodromica finirebbe per essere "caricata" di un obiettivo troppo ambizioso che ne determinerebbe il definitivo affrancamento dal modello della pura investigazione di parte, dando luogo ad una "anomalia inquisitoria" che mal si concilia con i tradizionali dogmi del processo *adversary*. Mentre il dibattimento, dal canto suo, vedrebbe correlativamente ridimensionato il proprio ruolo a luogo deputato al controllo del giudizio preliminare, con conseguente abbassamento dello *standard* di approfondimento dell'accertamento ivi richiesto.

c.p.p. in data 14.11.2018, evidentemente non ritenendo di dover richiedere l'archiviazione. La difesa, in sede di interrogatorio, il 15.1.2019 produceva memoria con una consulenza tecnica di parte assunta in sede di indagini difensive, dal tenore antitetico rispetto a quella prodotta dalla compagnia assicurativa querelante, le cui conclusioni cioè confermavano la compatibilità dei danni ai veicoli con la dinamica del sinistro.

Il pubblico ministero il 22.3.2019 richiedeva l'archiviazione, rilevando che allo stato degli atti non era possibile affermare in maniera certa che il sinistro incriminato non fosse effettivamente mai avvenuto. Invero, dalla perizia di parte in atti emergeva un quadro indiziario carente al punto da non consentire margini per l'utile esercizio dell'azione penale, potendosi ipotizzare, sin d'ora, un esito assolutorio sfavorevole dal punto di vista dell'accusa.

La compagnia assicurativa proponeva opposizione alla richiesta di archiviazione, facendo riferimento non solo al fatto che le conclusioni alle quali era pervenuto il consulente tecnico della difesa non erano in grado di superare le argomentazioni del consulente della compagnia assicurativa, ma rilevando altresì alcune circostanze fattuali che avrebbero fatto sorgere ulteriori dubbi sulla veridicità del sinistro (le parti del sinistro avevano lo stesso domicilio e risultavano essere stati in passato acquirente e alienante di uno dei veicoli incidentati).

Il GIP di Roma con ordinanza del 21.6.2021 rigettava la richiesta di archiviazione, e disponeva la prosecuzione delle indagini mediante la nomina di un consulente tecnico del p.m. che entro 90 giorni avrebbe dovuto fornire parere in ordine alla veridicità dell'incidente stradale denunciato, approfondendo la questione del rapporto tra le parti coinvolte. All'esito delle indagini suppletive, il P.M. richiedeva nuovamente l'archiviazione, ribadendo le proprie originarie conclusioni, la compagnia assicurativa proponeva nuova opposizione, e il GIP di Roma fissava la camera di consiglio per il 12.12.2023. La seconda udienza di opposizione alla richiesta di archiviazione, si celebrava tuttavia sotto la vigenza della riforma Cartabia.

Orbene, al di là del merito della vicenda, quale valutazione prognostica doveva seguire questa volta il GIP?

Ci troviamo anzitutto di fronte ad una vicenda caratterizzata da incertezza circa la ricostruzione degli accadimenti, come rappresentata da consulenze tecniche di parte dal tenore opposto.

Ma ci troviamo comunque dinanzi ad un fatto risalente al 2018, circostanza che consente di ritenere irragionevole la previsione di condanna, se vogliamo intendere che tale formula comprenda anche le questioni relative alla concreta irrogabilità della pena, come appare certo per la analoga regola dettata per l'udienza preliminare (come si vedrà nel par. 3 sezione II).

Appare già improbabile, da un lato, che il GIP possa sciogliere la riserva, e il P.M. possa esercitare l'azione penale, entro il termine di prescrizione minima (6 anni) previsto dall'art. 642 c.p.

Ma è ancor più improbabile e quindi irragionevole – alla luce dei tempi medi del Tribunale di Roma - che, nel caso venga esercitata nei tempi l'azione penale, il giudizio anche solo di primo grado possa essere celebrato in poco più che 12 mesi, al fine di evitare che scenda il termine di prescrizione massimo (7 anni e 6 mesi).

Ciò, ripetiamo, al netto poi delle valutazioni nel merito, ovvero la presenza di persistenti ricostruzioni diverse sotto il profilo tecnico della dinamica del sinistro, e quindi della sussistenza o meno della truffa assicurativa.

> Da qualunque prospettiva lo si voglia vedere, in un caso del genere appare non sussistente la ragionevole previsione di condanna[556], circostanza che in ragione dell'efficienza può far "subvalere" il principio di esercizio obbligatorio dell'azione penale, tanto più che nel caso specifico le indagini erano state complete.

Il tema dell'incidenza della prescrizione nelle ragionevoli previsioni di condanna in fase di archiviazione comincia a trovare prime applicazioni nella giurisprudenza di merito[557], e a stimolare riflessioni in dottrina.

Ci riferiamo ad una recente ordinanza resa in materia di reati connessi agli obblighi di contribuzione previdenziale, che il P.M. di Siena aveva inteso definire mediante richiesta di archiviazione motivandola con una "ragionevole previsione di prescrizione" attesi i "tempi fisiologici del procedimento". Il GIP senese aveva respinto la richiesta di archiviazione, disponendo imputazione coatta[558], facendo leva sull'obbligatorietà dell'azione penale, osservando che «*l'articolo 112 della Costituzione esprime il dovere, gravante sul P.M., di non interpolare valutazioni di opportunità in ordine all'esercizio dell'azione penale, nell'adempimento del suo ufficio*», citando la sentenza n. 88 del 1991 della Corte Costituzionale. Eppure nel provvedimento, lo stesso Giudice senese dava atto che «*il problema dell'archiviazione risiede, allora, nell'evitare il processo superfluo, senza al contempo eludere il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'inazione; ciò che impone di verificare l'adeguatezza tra i meccanismi di controllo delle valutazioni di oggettiva non superfluità del processo e lo scopo ultimo del controllo, che è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui..*».

Ma – osserviamo – come può non ritenersi superfluo un processo destinato a chiudersi con una prescrizione? Lo stesso GIP di Siena, a proposito della regola di giudizio in esame, ricorda che è stata dettata per individuare l'*oggettiva superfluità del processo*, quest'ultima dovendo comunque essere

[556] Secondo F.M DAMOSSO - *Quale spazio per la seria probabilità di prescrizione nella formulazione della "ragionevole previsione di condanna"? una recente ordinanza del GIP di Siena*, in Sistema Penale, 24.1.2024 – è manifestamente irragionevole la scelta di mandare avanti un procedimento per un reato che certamente si prescriverà.

[557] Merita rilevare che l'incidenza della prescrizione sulle ragionevoli previsioni di condanna in sede di archiviazione era stata da subito accolta dal Procuratore di Bologna, unitamente a tutti i casi in cui «anche per il decorso del tempo e per la natura degli elementi di prova spendibili in dibattimento, non è possibile effettuare la prognosi di condanna, per contraddittorietà, insufficienza, mancata tenuta del compendio che potrebbe essere acquisito in dibattimento. Ipotesi che, ad esempio, può riguardare quei procedimenti basati essenzialmente su dichiarazioni rese da persone informate che risultano comunque generiche e tali, nella proiezione dibattimentale, da tradursi in dichiarazioni testimoniali di analoga, insufficiente valenza probatoria, specie a fronte del decorso del tempo, costituente, già di per sé, circostanza capace di influire negativamente sull'emersione del ricorso o di un miglior ricordo...» (Circolare Procura della Repubblica di Bologna, n. 9119 del 19.10.2022, pag. 4, in Sistema Penale).

[558] GIP Siena, dott. Spina, ordinanza 27.11.2023, in Sistema Penale, 2024.

idonea "*a segnare il discrimine, spesso labile, tra l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità comunque camuffata*"[559].

È come se secondo il GIP di Siena la formula delle ragionevoli previsioni di condanna avesse nella fase di archiviazione solo ad oggetto la responsabilità dell'indagato e non anche i profili relativi alla concreta attuazione della pretesa[560], come invece vedremo a proposito dell'udienza preliminare. Si spiega così perchè nel provvedimento di imputazione coatta il Giudice preliminare senese assume che «*dagli atti versati nel fascicolo delle indagini preliminari, in altre parole, non deve potersi ricavare nessuna contro-ipotesi che sia, allo stesso tempo, compatibile con l'insieme dei dati probatori disponibili e capace di offrire, del materiale probatorio raccolto, una spiegazione alternativa a quella rispondente ad una astratta fattispecie di reato, come tale quindi in grado di infirmare, già allo stato degli atti, una valutazione prognostica in termini di «ragionevole previsione di condanna» della persona indagata...*».

In realtà però, il provvedimento dice tra le righe altro, se è vero che lo stesso Giudice ricorda come «*il vaglio da condursi nel materiale raccolto in sede di indagini preliminari, costituito dagli elementi acquisiti nel corso delle indagini, deve restituire l'assenza di dati probatori in grado di escludere la procedibilità dell'azione penale ovvero la "punibilità" di tale fatto, nel più ampio senso e significato associabile a tale termine nel lessico penalistico, in ragione della sussistenza di fatti scriminanti o di esclusione del tipo penale ovvero della "meritevolezza della pena" o, infine, della punibilità stricto sensu*».

In effetti l'ordinanza sul punto appare contraddittoria, non comprendendosi perchè il GIP senese abbia respinto la richiesta di archiviazione - addirittura con imputazione coatta - nonostante il P.M. avesse pronosticato l'intervento della prescrizione prima della definizione del giudizio di prime cure, non nascondendo che dal fascicolo delle indagini preliminari erano emersi elementi di responsabilità dell'indagato[561].

Allora il problema sembra spostarsi sulla gradualità della "ragionevole previsione di prescrizione" piuttosto che sulla (im)possibilità di far cadere la formula in esame anche sulla concreta pretesa punitiva. Nell'ordinanza infatti, il GIP di Siena scrive testualmente che «*la valutazione prognostica di "oggettiva superfluità" dell'instaurando processo non può certo spingersi, come pure fatto dal Pubblico Ministero*

[559] (così ancora Corte cost., sentenza n. 88 del 1991)

[560] In senso contrario tra gli altri, F. M. DAMOSSO, op. cit. pag. 4. R. BELVEDERI, *artt. 408 e 425 c.p.p.: il nuovo criterio applicabile all'archiviazione delle notizie di reato e alle sentenze di non luogo a procedere*, in Dir. Giust. e cost., 10 gennaio 2023.

[561] A. NATALE - *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un'ordinanza del GIP di Siena*, in Questione Giustizia, 30.11.2023 - ritiene espressamente che la «ragionevole previsione di condanna» disciplinata dall'art. 408 c.p.p. non abbia nulla a che fare con la prescrizione.

nella propria richiesta di archiviazione, sino a ricomprendere il futuro e assai lontano decorso del termine di prescrizione, specie nei casi in cui – com'è quello di specie – quest'ultimo sia non già di prossima e imminente scadenza, bensì di maturazione notevolmente distante negli anni e nel tempo.».
Vale a dire: se la prescrizione fosse stata imminente – l'ordinanza è del 21.11.2023, e la prescrizione veniva calcolata dallo stesso Giudice al 16.7.2026 - allora ci sarebbero stati gli estremi per ritenere irragionevole la previsione di condanna anche nella fase in esame. Il problema di questa vicenda – semmai – è che il parametro cui ancorare la irragionevolezza era troppo sfuggente, ovvero i tempi fisiologici di celebrazione del procedimento.

> Come vedremo invece a breve, in una sentenza di non luogo a procedere emessa qualche mese prima rispetto al provvedimento senese, il GUP di Patti[562] aveva invece valorizzato positivamente l'imminente prescrizione per ritenere irragionevole il rinvio a giudizio emettere sentenza di non luogo a procedere, anche in tal caso utilizzando un parametro di gradualità, non già ancorato a "serie o probabili" previsioni, ma al dato numerico – ricavato dalle tabelle di organizzazione - del tempo medio di gestione del primo grado presso l'ufficio giudiziario coinvolto[563].

La latitudine del momento prognostico è stata peraltro di recente confermata dal Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione Luigi SALVATO[564], il quale, intervenendo all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, ha anzitutto rilevato come la criticità concernente la giustizia penale «*...è spesso addebitata al pubblico ministero, per valutazioni divergenti e poco chiare nell'esercizio dell'azione penale, per la lentezza delle vicende giudiziali, per l'imprevedibilità delle decisioni dopo indagini e cautele personali, per il deficit di garanzie. Il convincimento è errato quando ascrive al pubblico ministero la dilatazione dei tempi dei processi allo stesso non imputabile, ovvero esiti difformi rispetto all'esercizio dell'azione che giunge a negare in radice la dialettica valutativa, l'essenza ed il significato del processo, oppure le distorsioni della c.d. giustizia mediatica...».* Ciò posto, l'organo di vertice della magistratura inquirente non trascurava sussistere «*ragioni di criticità dovute al pubblico ministero ed essenzialmente alla transizione che stanno vivendo tale figura e le funzioni alla stessa assegnate. La trasformazione dell'obbligatorietà dell'azione penale da regola a principio; la definizione*

[562] GUP Tribunale di Patti, sentenza ex art. 425, comma 3, c.p.p. del 27 gennaio 2023, https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/03/gup-patti-sentenza.pdf.

[563] A. NATALE, op. cit. pag. 5 ritiene che l'orientamento in esame si rivela poi discutibile anche per l'opinabilità del parametro di valutazione che si intende introdurre nella prognosi: come valutare «i tempi fisiologici del procedimento» e come trarre da essi argomento per formulare una ragionevole prognosi di prescrizione? Una risposta "certa" la si può avere solo formulando la richiesta di data udienza.

[564] L. SALVATO, *Intervento del procuratore generale della corte suprema di cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell' anno 2023*, www.cortedicassazione.it, pag. 4.

di più stringenti presupposti per l'iscrizione del procedimento penale ed in ordine ai tempi dell'indagine; il nuovo parametro della "ragionevole previsione della condanna", che impone un uso predittivo dell'azione penale con riguardo all'esito processuale, non più ispirato alla sola idea della condanna dell'imputato ad una pena detentiva e, quindi, l'esigenza di pensare l'indagine secondo una prospettiva che bilanci l'investigazione con la completezza futura del giudicato, impongono un nuovo modo di esercitare la funzione requirente. Questo esige consapevolezza del nuovo ruolo ed una adeguata organizzazione...».

Quanto agli strumenti che possono ausiliare il P.M. nell'individuazione di un criterio idoneo a filtrare secondo il dettato della nuova disciplina, ci si è chiesti[565] se un aiuto in tal senso potrà derivare dall'intelligenza artificiale, se cioè la relativa valutazione possa essere suscettibile di elaborazioni algoritmiche. Mentre sul piano logico non è possibile identificare a priori quali elementi siano sufficienti per il passaggio in dibattimento, risultando difficile tracciare nette linee di demarcazione tra quadri probatori di sicura o di incerta prognosi di colpevolezza, sistemi IA di *machine learning* potrebbero consentire[566] di ottenere risultati più incoraggianti, in quanto adatti a processare anche dati che provengono da contesti aperti, caratterizzati da una logica *fuzzy*. E, a maggior ragione, lo sarebbero le situazioni di chiara incertezza probatoria e quelle di non ripetibilità.

I vantaggi potrebbero essere non indifferenti, perchè un più corretto e fisiologico impiego dell'archiviazione incentivato dalla conoscenza degli algoritmi predittivi, contribuendo a deflazionare il carico giudiziario, consentirebbe a giudici e pubblici ministeri di dedicare maggiori energie ai casi più importanti. E, più in generale, ne potrebbe trarre giovamento anche la stessa organizzazione giudiziaria, perchè le statistiche elaborate in materia di archiviazione potrebbero indirettamente fornire utili indicazioni anche ai fini della individuazione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e, di riflesso, anche delle priorità dei ruoli d'udienza.

Naturalmente, l'algoritmo predittivo dovrebbe essere accessibile pure alla persona offesa, in modo da favorire un più consapevole esercizio del diritto di opposizione, che, in questa prospettiva, andrebbe esteso anche alla possibilità di lamentare l'affidabilità e la correttezza dello stesso strumento predittivo.

La scansione procedimentale della formula per la fase della richiesta di archiviazione può essere in conclusione così rappresentata: il P.M. valuta le evidenze raccolte durante le indagini preliminari "complete" (momento diagnostico), nelle quali non rilevano il grado di ragionevolezza né la quantità di probabilità; segue poi (momento prognostico) l'osservazione critica degli elementi dubitativi o

[565] R. KOSTORIS, *op. cit. pag.* 16.

[566] R. KOSTORIS, op. cit. pag. 16.

contraddittori, la verifica se la contrapposizione tra tali elementi è in grado di minare una condanna oltre ogni ragionevole dubbio e la "pesatura" delle contraddizioni. Se all'esito di tale percorso logico la condanna è non irrealistica ovvero ragionevolmente prevedibile, deve mandare avanti il fascicolo, altrimenti archivia ai sensi del nuovo art. 408 c.p.p.

3. Le ragionevoli previsioni di condanna in sede di udienza preliminare: una regola di giudizio.

Abbiamo più volte anticipato come la riscontrata incapacità dell'udienza preliminare di filtrare le imputazioni non meritevoli del vaglio dibattimentale (cfr. sez. I par. 1 e 2) avesse indotto il legislatore[567] ad intervenire (nuovamente) sulla regola di giudizio di cui all'art. 425 comma 3 c.p.p., stabilendo che il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche «*quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna*». Ed abbiamo già chiarito che le considerazioni spese sulla analoga formula che presiede alla fase dell'archiviazione sono solo in parte sovrapponibili all'udienza preliminare[568], partendo dall'indiscusso assunto che il criterio di valutazione non risulta più focalizzato sulla utilità del dibattimento, ma è proiettato, in maniera decisamente più pregnante, sui possibili esiti del giudizio di responsabilità dell'imputato.

Quanto alle ragioni poste a base delle modifiche in udienza preliminare, è opinione diffusa[569] che la principale causa del malfunzionamento dell'istituto fosse proprio l'imprecisa applicazione della regola

[567] Le modifiche in esame dovrebbero applicarsi anche al processo degli enti, nonostante N. G. ORSI, op. cit. pag. 116 rilevi la necessità di coordinamento tra la disciplina prevista per le persone fisiche e gli enti, che sembra essere sfuggita al riformatore.

[568] C. NAIMOLI, op. cit. 841, rileva a tal proposito come la fisiologica differenza tra le diverse fasi processuali e i distinti ruoli all'interno di queste, oltre che l'eterogeneità qualitativa del materiale posto alla base della decisione, rilasciano una "ragionevole previsione di condanna" dai contorni diversi rispetto a quelli rilevanti nella scelta tra richiesta di archiviazione e richiesta di rinvio a giudizio (sostanzialmente coincidenti con la vecchia sostenibilità dell'accusa in giudizio). Il dato normativo antecedente alla versione definitiva della riforma Cartabia sembrava suggerire un'esegesi disgiunta della regola di valutazione, postulando, in caso di incertezza del quadro probatorio, un'operazione logica legata al dato diagnostico; mentre per il giudizio sull'insostenibilità dell'accusa, un vaglio in chiave prognostica. Ma la regola di giudizio per le fasi preliminari al dibattimento non può comportare un giudizio rigidamente ancorato al criterio *in dubio pro reo* (tale per cui cioè, qualsivoglia situazione di incertezza probatoria imporrebbe *rebus sic stantibus* un epilogo favorevole), salvo il rischio di duplicare il giudizio di primo grado, anticipandolo rispetto all'accertamento dibattimentale; e, così, gravare quest'ultimo di un'accentuata pre-delibazione sulla colpevolezza dell'imputato. La fase dell'udienza preliminare non può ritenersi disancorata da valutazioni prognostiche in termini di futura reversibilità dibattimentale del materiale raccolto, in una dinamica prospettiva non dissimile rispetto a quella implicita nel giudizio ex art. 125 disp. att. c.p.p. Tuttavia, quand'anche la previsione contenuta nella legge delega imponesse un identico criterio discretivo per la scelta tra azione e inazione, non luogo e rinvio a giudizio, quella "ragionevole previsione di condanna", una volta inserita tra le maglie del codice di rito, si ritiene assuma una differente implicazione in relazione al contesto in cui opera.

[569] M. BONTEMPELLI, op. cit. pag. 1149.

di giudizio dell'art. 425 c. 3 c.p.p.[570], circostanza che ha contribuito a rendere l'udienza preliminare inefficiente nella prassi giudiziaria (cfr. sez. I par. 2.2.), in quanto ineffettiva[571] la sua funzione di "filtro dalle imputazioni azzardate", complice la mutazione genetica[572] subìta dall'istituto a far data dall'entrata in vigore del Codice Vassalli. Ciò ha causato a cascata una buona dose di inefficienza dell'accertamento dibattimentale e una dilatazione dei tempi del processo, considerato che - destinando il vaglio dibattimentale alle imputazioni non azzardate – con l'udienza preliminare si cercava (cfr. sez. I par. 1) di prevenire il rischio che il dibattimento svolgesse impropri compiti "ricostruttivi" del fatto, a rigore demandati alle indagini preliminari, mentre nel dibattimento dovrebbe solo essere "rappresentato" - attraverso la prova - il fatto ricostruito nel corso delle indagini ed enunciato nel capo d'imputazione.

L'indicazione contenuta nella legge delega 134/2021 in funzione della modifica alla regola decisoria (cfr. sezione I par. 3.4.) aveva segnato l'abbandono di un giudizio ancorato alla stretta utilità del futuro dibattimento, richiedendo un vaglio più accurato all'interno del quale l'insufficienza e la contraddittorietà sarebbero state parametrate non solo alla semplice possibilità di chiarificazione dibattimentale, ma alla concreta prospettiva di successo dell'ipotesi accusatoria alla luce delle regole acquisitive e decisorie proprie del dibattimento. La modifica della regola in esame persegue quindi l'obiettivo di rafforzare il filtro dell'udienza preliminare giustificando il transito al dibattimento solo per un compendio probatorio per il quale sia prevedibile l'accoglimento della ipotesi d'accusa[573], chiedendo all'organo giurisdizionale, all'esito dell'udienza, di vagliare lo spessore degli elementi raccolti e il livello di unidirezionalità di questi verso la condanna dell'imputato. Pertanto, il giudizio di previsione in funzione di quell'epilogo

[570] In senso contrario però, R. DEL COCO, *op. cit. pag. 91,* secondo la quale bisogna essere consapevoli che l'inefficacia del filtro preliminare non può essere imputata alla mera inadeguatezza di una semplice regola di giudizio, ben altre essendo le cause alla base della tendenza del pubblico ministero a scaricare il processo dapprima sull'udienza preliminare e, successivamente, sul dibattimento. Molto probabilmente, ad incidere in maniera decisiva sulle scelte del titolare dell'accusa contribuiscono i molteplici condizionamenti che il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale determina sull'intero sistema processuale. Al punto da far ritenere che, per qualche strana ragione, l'insussistenza dei presupposti per agire non comporti, a sua volta, una situazione di dovere di archiviare.

[571] Secondo G. BATTARINO – E. MACCORA (2) - *La nuova udienza preliminare tra interpretazione normativa e interpretazione organizzativa*, in Questione Giustizia 2/2023, pag. 3 - si può solo credibilmente prevedere che l'impulso normativo possa abbattere le persistenti distorsioni dell'udienza-agenda, in cui ci si limita, con percentuali altissime di decreti che dispongono il giudizio, a determinare quale effetto principale il solo calendario dei dibattimenti.

[572] A. GAITO- R. LANDI, op. cit. pag. 13

[573] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 10, ricorda come, mentre prima della riforma Cartabia il giudice dell'udienza preliminare poteva rinviare a giudizio nonostante gli elementi acquisiti fossero affetti da insufficienza o contraddittorietà, evidenziate dall'accusa, purchè ritenesse che il dibattimento fosse la sede naturale e fisiologica per colmare i vuoti probatori o dirimerne le ambiguità, una volta varate invece le modifiche normative quel giudice dovrà decidere alla luce dei contributi probatori che ha a sua disposizione consentendo l'accesso del procedimento al rito dibattimentale (non per cercare la prova o corroborare gli elementi acquisiti, bensì) solo se ritiene che ragionevolmente, sulla base degli elementi già acquisiti (allo stato degli atti, come nel giudizio abbreviato), in questa sede verrà pronunciata una sentenza di condanna.

riconosce più ampi poteri valutativi in ordine alla sussistenza di un *corpus* probatorio serio, e in ordine alle concrete possibilità che la tesi accusatoria sia in grado di resistere al vaglio dibattimentale e giustificare la pronuncia di condanna ex art. 533 c. 1 c.p.p.[574].

È opportuno ricordare sempre in premessa che la nuova regola di giudizio dettata dal comma 3 dell'art. 425 c.p.p. è destinata ad operare nei casi in cui il giudice sia chiamato a pronunciarsi su un'ipotesi accusatoria non palesemente destituita di fondamento, perché in tal caso il non luogo a procedere sarebbe invece pronunciato ai sensi del comma 1[575].

Quanto al tenore della formula[576], il criterio della "ragionevole previsione di condanna" proietta il giudice verso un'anticipazione del giudizio di responsabilità e di punibilità dell'imputato, obbligando inevitabilmente l'interprete a confrontarsi anche con la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"[577] stabilita dall'art. 533 comma 1 c.p.p.

Come avremo modo di vedere diffusamente, ai fini della pronuncia assolutoria la ragionevolezza del dubbio idoneo a scardinare l'assunto accusatorio deve essere ricondotta alla possibilità di formulare un'ipotesi alternativa non solo prospettabile in astratto, ma dotata anche di concretezza probatoria e plausibilità logica. Il dubbio può infatti essere definito ragionevole solo se: da un lato, è connotato da un sufficiente grado di credibilità razionale; dall'altro, trova un concreto riscontro — pur senza la necessità

[574] C. NAIMOLI, op. cit. 844, osserva come la previsione normativa determinava un tramonto degli indirizzi giurisprudenziali ispirati all'i*n dubio pro iudicio*, in forza dei quali si imponeva il passaggio alla fase dibattimentale ogni qualvolta gli elementi di prova acquisiti si prestavano a valutazioni alternative, aperte, o comunque suscettibili di una diversa evoluzione processuale. Invero, che non fosse sufficiente una semplice modificabilità astratta del quadro probatorio a giustificare il decreto che dispone il giudizio, era conclusione già emersa nella giurisprudenza di legittimità antecedente al D. Lgs. 150/2022, che fondava sul richiamo espressamente operato all'insufficienza e alla contraddittorietà l'elemento caratterizzante l'innovatività normativa compiuta con la riforma del 1999. Se fosse stata sufficiente la sola caratterizzazione "alternativa" o "aperta" delle soluzioni scaturenti dal quadro probatorio per l'adozione del decreto che dispone il giudizio, l'innesto non avrebbe avuto ragion d'essere, potendo disporsi il proscioglimento solo nei casi di accertata innocenza dell'imputato o assoluta mancanza di prova della sua colpevolezza. Al contrario, l'incertezza delle risultanze, seppur legata alla futura evoluzione, contempla un bagaglio probatorio ontologicamente sussistente al cospetto del quale dovrebbe essere potenzialmente colmata la lacunosità o resa inequivoca l'ambivalenza probatoria, nel contraddittorio dibattimentale, in direzione della prova del fatto addebitato.

[575] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 13 ricorda come, anche nei casi di conclamata ricorrenza dei presupposti per la pronuncia della sentenza ex art. 425 c.p.p., il giudice deve comunque emettere il decreto che dispone il giudizio — così come stabilito al comma 4 — quando ritiene che dal proscioglimento dell'imputato in sede dibattimentale dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. In sostanza, se risulta accertata la pericolosità sociale dell'imputato e si profila la necessità di disporre una misura di sicurezza personale, al giudice è preclusa la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, qualunque ne sia la causa, poichè l'applicazione di detta misura postula un pieno accertamento di merito, incompatibile con i limiti cognitivi dell'udienza preliminare.

[576] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 15.

[577] Secondo R.G. BRICCHETTI, sub art. 425, in A. Giarda-G. Spangher, (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit. t., II, p. 3138, a seguito della riforma Cartabia lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio si presta ad assurgere a criterio probatorio e decisorio già in sede di udienza preliminare.

di raggiungere una prova piena — nelle risultanze dell'attività istruttoria[578], avendo la giurisprudenza[579] - per lo più resa in materia di fattispecie colpose e di natura omissiva, come la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie - più volte precisato che il «*dubbio ragionevole*» è collegato all'esistenza di «*ipotesi alternative all'accusa dotate di apprezzabile verosimiglianza e razionalità*», non rilevando, a tal fine, «*eventualità solo remote, astrattamente formulabili e prospettabili come possibili* in rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benchè minimo riscontro nelle risultanze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e dell'ordinaria razionalità umana*». Di conseguenza, la scelta di utilizzare il medesimo aggettivo ("ragionevole") nel testo dell'art. 425 comma 3 c.p.p., associandolo alla "previsione di condanna", non può che essere letta come indicativa della volontà del legislatore di imporre la formulazione di una prognosi plausibile e concreta sulla futura affermazione di responsabilità dell'imputato.

Ciò significa che il giudice dell'udienza preliminare, posto di fronte ad un quadro probatorio insufficiente o contraddittorio, può "ragionevolmente" prevedere uno sviluppo del giudizio dibattimentale favorevole all'accusa solo quando è in grado di elaborare — sulla scorta delle conoscenze processuali desumibili dagli atti — un "concreto programma istruttorio"[580] capace di condurre all'integrazione della prova necessaria ai fini della condanna dell'imputato. Si spiega così perchè il presupposto per dare corso alla celebrazione del dibattimento non è più rinvenibile nella sua astratta utilità - vale a dire nella ipotetica sopravvenienza di non specificate risultanze istruttorie - ma occorre avere a disposizione dati conoscitivi che consentano già di delineare, in termini concreti, il percorso probatorio attraverso il quale sia possibile approdare ad una sentenza di condanna.

> Si pensi, ad esempio: alle dichiarazioni *de relato* ai sensi dell'art. 195 c.p.p. presenti in atti ma senza il conforto della testimonianza di riferimento, che ben può essere assunta, tuttavia, in dibattimento, trattandosi di fonte compiutamente identificata; oppure alla chiamata in reità o in correità ai sensi dell'art. 192 c.p.p., i cui riscontri, sebbene non ancora acquisiti, siano già individuabili al momento della pronuncia sulla richiesta di rinvio a giudizio; o ancora, alla futura produzione di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p. determinanti per l'accusa di cui è nota l'esistenza (es. bilanci di una società). Analogamente, laddove risultino acquisite in atti consulenze tecniche dell'accusa e della difesa che giungono a conclusioni opposte, il giudice può disporre il rinvio a giudizio dell'imputato solo se è in grado di individuare — eventualmente all'esito dell'audizione dei due consulenti disposta ai sensi dell'art. 422 c.p.p. — il percorso argomentativo che può consentire, in dibattimento, di superare del tutto la valenza dimostrativa dei rilievi difensivi, negando la loro attitudine anche ad instillare un «ragionevole dubbio» sulla fondatezza dell'accusa.

[578] G. UBERTIS (2), *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in Criminalia, 2009, 324.

[579] Tra le molte: Cass., Sez. I, 11.5.2023, n. 35646, in Banca dati De Jure.

[580] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 17.

Sulla scorta della nuova regola di giudizio il GUP è chiamato ad una valutazione molto più approfondita degli elementi acquisiti dal pubblico ministero[581] (momento diagnostico), dovendo verificare poi se questi siano idonei, nel caso vengano confermati in dibattimento (momento prognostico), a provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, e non più solo a sostenere l'accusa in giudizio.

In caso di compendi probatori dubbi, non risolti dall'amplificazione dei poteri istruttori (par. 3.1. sezione II), il giudice dovrà ponderare in maniera attenta la propria decisione. Per logica, elementi di prova incerti non possono far ritenere raggiungibile la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, ma non è detto che l'istruttoria dibattimentale non riesca a far luce sui punti d'ombra.

Il parametro di valutazione che il GUP dovrà in concreto ossequiare non è ancora unanimemente condiviso[582]. Al di là della medesima terminologia usata – *ragionevoli previsioni di condanna* – il dato certo è che il giudice per le indagini preliminari, il giudice dell'udienza preliminare (e dell'udienza predibattimentale) ed il giudice del dibattimento non decidono secondo la medesima regola, nel senso che i primi non accertano già nelle rispettive fasi se l'indagato/imputato è colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio.

Così come visto nel paragrafo 2 sez. II a proposito della richiesta di archiviazione, è chiaro che nessuna omologazione è possibile[583] tra la *ragionevole previsione di condanna* nell'udienza preliminare e la prova della colpevolezza *oltre ogni ragionevole dubbio* sul piano strutturale. Il parallelismo è ammissibile solo sul piano della metodologia del ragionamento probatorio, non sullo standard; in altri termini, nelle fasi

[581] E. N. LA ROCCA, op. cit. 27.

[582] Secondo F. ALVINO, op. *cit.*, 32 - il GUP deve far uso dei canoni di giudizio di cui agli articoli 530 e 533 c.p.p., e quindi delle regole di valutazione della prova analoghe a quelle utilizzate dal giudice del dibattimento, mentre M. ARCARO, op. cit. pag. 3 dubita che il legislatore abbia inteso la riforma nel senso di anticipare la fase dibattimentale in udienza preliminare, che altrimenti si trasformerebbe in un primo grado di giudizio, essendo il giudice del dibattimento chiamato ad accertare se il fatto-reato è addebitabile all'imputato, e quindi se è provata la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, mentre il giudice dell'udienza preliminare sarebbe tenuto solo ad effettuare un giudizio prognostico che ha come esito pur sempre un provvedimento di natura processuale che assolve una funzione di filtro. Non particolarmente utile sul punto il Consiglio Superiore della Magistratura - Parere C.S.M. 19/PP/2020 Disegno di Legge AC n. 2435, delibera del 29 luglio 2021, in *www.csm.it*. - che aveva osservato come «ri*spetto alla più generica formula della "*ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio*" usata originariamente dal legislatore del D.d.l., il criterio della "*ragionevole previsione di condanna*" sembra assimilare la soglia probatoria cui il pubblico ministero deve improntare la propria valutazione prognostica a quella del giudice che può pronunciare una sentenza di condanna solo se l'imputato risulti colpevole del reato contestatogli "oltre ogni ragionevole dubbio" (art. 533, co. 1, c.p.p.).*»

[583] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 16.

iniziali l'organo giudicante deve adottare un metodo analogo a quello utilizzato dal giudice del dibattimento ma da cui promana un provvedimento strutturalmente diverso[584].

Le potenzialità deflattive della nuova regola di giudizio risultano, dunque, inevitabilmente condizionate dal contesto normativo di riferimento[585], poiché tesi accusatorie prive di adeguato supporto dimostrativo devono essere ritenute immeritevoli del vaglio dibattimentale solo se non possono essere corroborate attraverso il ricorso agli strumenti di integrazione probatoria previsti dagli artt. 421 *bis* e 422 c.p.p.[586] (di cui al par. 3.1. sezione II).

Laddove si profili, ad esempio il contrasto tra elementi favorevoli e contrari all'imputato su punti decisivi della imputazione — come quando risultano versate in atti consulenze tecniche di segno opposto — l'incidente istruttorio disposto ai sensi dell'art. 422 c.p.p., sebbene strumento normativamente previsto in funzione della sentenza di non luogo a procedere, potrebbe anche fornire al giudice — all'esito dell'esame delle fonti di prova discordanti o, se necessario, del loro confronto — precisazioni o chiarimenti determinanti per consolidare l'ipotesi accusatoria, inducendolo, quindi, a dare corso al giudizio dibattimentale. Viceversa, qualora il compendio investigativo appaia lacunoso, la pronuncia della sentenza ex art. 425 comma 3 c.p.p. è subordinata alla verifica della possibilità di colmare i vuoti probatori attraverso una integrazione delle indagini disposta ai sensi dell'art. 421 bis c.p.p.

> Proviamo a spiegarci con un esempio, tratto da una vicenda realmente accaduta.
>
> Tizio, titolare di una fortunata attività commerciale nel settore ittico, è accusato dalla Direzione Distrettuale Antimafia di avere conferito incarico - tramite la mediazione di Caio e dietro corresponsione di 1000 euro - a

[584] Come ricorda F. DINACCI, op. cit. pag. 12, mentre l'attività di valutazione del singolo risultato probatorio non è condizionata al conseguimento di una soglia qualitativa di convincimento (c.d. libero convincimento) pur potendo essere assoggettata a regole prudenziali di valutazione (art. 192 c.p.p.), l'attività decisoria soggiace a una precisa disciplina di giudizio individuabile di volta in volta in quella indicata dal legislatore con riferimento alla specifica funzione di giudizio che vede variare il parametro normativo di decisione a seconda della tipologia di pronuncia da adottare. In questa prospettiva, emerge la "relatività" delle regole di giudizio, caratterizzata da diverse soglie probatorie direttamente dipendenti dalla "capacità di accertamento" della decisione, che spesso dipende dalla fase in cui la stessa interviene. In sostanza, le regole decisorie si diversificano in misura proporzionale al binomio "scopo e funzione" della singola attività di giudizio. Se questa è destinata a produrre un *decisum* dagli effetti limitati, senza efficacia di accertamento e comunque vincolato allo "stato degli atti", è ovvio che il legislatore tenda a disciplinare in maniera più elastica la funzione di giudizio, demandandole un perimetro discrezionale certamente più ampio rispetto a quello contemplato per decisioni caratterizzate da una certa "fissità" di disciplina; e la differenziazione è, non a caso, maggiormente apprezzabile anche in funzione delle diverse fasi processuali in cui interviene la decisione.

[585] In senso analogo G. GARUTI, op. cit. 14.

[586] Secondo C. VALENTINI (3) - *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in questa Arch. Pen., 2022, 3, 13 - laddove il giudice ritenga di non poter decidere allo stato degli atti, in quanto il materiale raccolto dall'accusa appaia contraddittorio o manchevole, epperò sempre dagli atti emerga l'esistenza di elementi tali da indurre una valutazione potenzialmente diversa, lo strumento previsto dalla legge in funzione di controllo non è certo l'invio degli atti nelle mani del giudice del dibattimento affinchè dia una chance alle prove addotte dall'accusa, bensì l'implementazione investigativa prevista dall'art. 421-bis c.p.p..

Sempronio e Mevio, appartenenti alla criminalità organizzata locale, di imporre a Filano, competitor commerciale di Tizio, di non vendere i propri ittici a prezzi inferiori a quelli da sé praticati, impedendo di determinare liberamente il prezzo della merce venduta; minacce profferite da Sempronio e Mevio e consistite nel prospettare danni gravi alla persona di Filano e alla sua attività commerciale". Con l'aggravante di avere commesso il fatto avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p., ed in particolare della forza di intimidazione promanante dalla loro appartenenza al clan locale e dalla condizione di assoggettamento ed omertà derivanti dalla riserva di violenza costituente principale patrimonio dell'associazione, in ragione dello spessore criminale degli appartenenti alla stessa, riconosciuto sul territorio in relazione ai procedimenti penali che li hanno visti coinvolti per gravi delitti contro la persona, il patrimonio ed in materia di armi.

Dalle indagini preliminari – ed in particolare da una conversazione tra presenti occorsa tra Sempronio, Mevio e Filano prodotta dalla difesa – era emersa una verità storica pressochè antitetica all'imputazione: era stato Filano ad offrire una somma a Sempronio e Mevio, affinchè costringessero Tizio a lasciare il mercato al competitor Filano, o almeno, tale era il tenore di quella registrazione.

Il GUP si trovava evidentemente dinanzi ad una situazione probatoria quanto meno dubbia, ai sensi del c. 3 dell'art. 425 c.p.p.

Pertanto, al fine di sciogliere i dubbi, con ordinanza emessa ai sensi dell'art. 422 c.p.p. decideva di assumere la testimonianza di Filano, il quale confermava le accuse nei confronti di Tizio, non negando di avere pronunciato quanto emergeva dalla registrazione, ma offrendone una interpretazione alternativa (avrebbe assecondato i malavitosi con quelle parole per timore). Il GUP decideva così di rinviare a giudizio Tizio, ritenendo sussistenti le ragionevoli previsioni di condanna, anche alla luce della necessità di assumere in dibattimento la testimonianza di Sempronio e Mevio, nel frattempo divenuti collaboratori di giustizia.

In sostanza, lacune investigative non colmate — quando attengono a profili essenziali della responsabilità e della punibilità dell'imputato — rendono irragionevole la previsione di condanna[587], salvo che il giudice dell'udienza preliminare, sulla scorta delle informazioni rilevabili dagli atti, sia in grado di elaborare un "programma istruttorio" — da attuare in dibattimento — che renda comunque plausibile e concreta la prognosi di un esito del giudizio favorevole all'accusa, così da poter evitare un supplemento di indagini ex art. 421 *bis* c.p.p.

Contrariamente a quanto sosteneva la giurisprudenza di legittimità a proposito della reale portata della disciplina previgente, la nuova regola di giudizio non tollera perciò valutazioni meramente ipotetiche[588] - che prima della Cartabia trasmodavano in autentiche congetture - dovendo il giudice muovere da basi probatorie concrete, rappresentate dagli elementi già presenti in atti o da quelli che possono essere acquisiti in dibattimento, ma pur sempre sulla scorta dei dati conoscitivi rilevabili dal fascicolo delle indagini. La sentenza di non luogo a procedere si impone quindi nei soli casi in cui la incompletezza dei

[587] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 11.

[588] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 21.

dati probatori non risulta emendabile mediante un supplemento investigativo oppure attraverso l'acquisizione, in dibattimento, di elementi già concretamente riconoscibili in atti, dei quali, dunque, sia ragionevolmente prevedibile la futura disponibilità ai fini della pronuncia nel merito della imputazione.
In una delle prime applicazioni pratiche dell'istituto, ad esempio, il GUP presso il Tribunale di Brescia[589] ha prosciolto l'imputata dal delitto di atti persecutori, a seguito della produzione di copiose indagini difensive da parte della difesa, dalle quali era emerso un quadro di litigiosità e conflittualità reciproca tale da elidere l'offensività del delitto contestato. Il GUP, ritenendo che gli elementi offerti non potessero mutare o dar luogo a sviluppi differenti della vicenda in un futuro ed eventuale giudizio, si determinava per il proscioglimento ai sensi del c. 3 dell'art. 425 c.p.p.
La nuova previsione contenuta nell'art. 425 comma 3 c.p.p. si riflette, inevitabilmente, anche sull'obbligo di motivazione della sentenza di non luogo a procedere. Prima della introduzione del D. Lgs. 150/2022 al GUP era richiesto, per prosciogliere, uno sforzo obiettivamente improbo, ovvero dimostrare l'assoluta impossibilità di mutamenti *contra reum* del quadro probatorio in fase dibattimentale[590], mentre quello stesso giudice, oggi, una volta rilevate le lacune che rendono insostenibile l'accusa, deve semplicemente dar conto della insussistenza di una concreta prospettiva di completamento del quadro probatorio capace di dissipare ogni ragionevole dubbio. Così motivata, la sentenza di non luogo a procedere dovrebbe dimostrare, peraltro, una più accentuata capacità di resistenza nei gradi di impugnazione, tanto di merito quanto di legittimità.
Nè può essere sottovalutata – anche rispetto all'omologa regola dettata per la richiesta di archiviazione (par. 2 sezione II) - la circostanza per la quale l'oggetto della prognosi richiesta dall'art. 425 comma 3 c.p.p. non è limitato alla fondatezza dell'ipotesi di reato contestata, ricomprendendo — come si evince dalla formulazione letterale della disposizione, che esige una ragionevole previsione di condanna — sia i presupposti per l'affermazione di responsabilità che quelli richiesti per l'irrogazione della pena, o, più precisamente, per la concreta attuazione della pretesa punitiva.
Ciò consente di affermare[591] che - contrariamente al tenore delle formule che si erano susseguite nell'iter preparatorio della riforma (par. 3 sezione I) - la sentenza di non luogo a procedere potrebbe essere pronunciata anche laddove sia ragionevolmente prevedibile il decorso del termine di prescrizione in

[589] Trib. Brescia, GUP, sent. 9.3.2023, n. 250/2023 Reg. Sent., inedita, in S. BECCAGLIA, op. cit. pag. 4.

[590] cfr. ad es. Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 54957, in Banca dati De Jure.

[591] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 23.

epoca anteriore alla definizione del giudizio di primo grado, conclusione che tuttavia non trova ancora unanimità di consensi in dottrina[592].

La difficoltà di stimare con precisione i tempi di svolgimento dell'istruttoria dibattimentale non pare possa infatti limitare la portata dell'art. 425 comma 3 c.p.p., che comunque afferisce a tutte le situazioni in cui la previsione di condanna risulti irragionevole, a prescindere dalla eventualità che tale valutazione non sia di agevole compimento.

> Proviamo a capirci ancora con un esempio, tratto dalla realtà giudiziaria.
>
> Tizio, rappresentante legale della Alfa s.r.l., società mandataria dell'ATI partecipante alla gara d'appalto per la raccolta rifiuti del Comune di Paperopoli; Caio, rappresentante legale della Beta s.r.l., società mandante della suddetta ATI, nonché ausiliata della società Gamma s.r.l.; Mevia, rappresentante legale della Gamma s.r.l., società ausiliaria della Beta s.r.l.; sono imputati del reato previsto dall'art. 353 e 110 c.p. perchè turbavano, con mezzi fraudolenti, la gara pubblica diretta all'affidamento del servizio di raccolta dei rifiuti del Comune di Paperopoli; mezzi fraudolenti consistiti nella presentazione in sede di gara del contratto di avvalimento del 4.9.2018, stipulato tra la Gamma s.r.l. e la Beta s.r.l., attestante falsamente il possesso da parte della Beta dei mezzi richiesti quali requisiti afferenti l'offerta economica e tecnica, laddove invece gli stessi erano stati oggetto di precedente contratto di avvalimento tra le stesse società nell'ambito di diversa e antecedente gara d'appalto per la raccolta dei rifiuti del Comune di Topolinia. Fatti commessi in Roma, in data 4 settembre 2018.
>
> Il p.m. esercitava l'azione penale mediante richiesta di rinvio a giudizio il 2.3.2023, e il GUP fissava udienza preliminare per il 8.4.2024.
>
> Posto che la prescrizione massima del delitto di turbata libertà degli incanti è pari a 7 anni e 6 mesi, è *efficiente* disporre il rinvio a giudizio degli imputati? O è *ragionevole* ipotizzare che invece scenderà la prescrizione sui fatti prima che si concluda il giudizio di primo grado, alla luce dei tempi di smaltimento dei fascicoli da parte del Tribunale di Roma?

In una delle prime pronunce di merito sul tema, il GIP di Patti[593] ha espressamente affermato che (pag. 8) «*...una sicura novità in punto di allargamento delle maglie di operatività della sentenza di non luogo a procedere che può essere ricondotta alla novella di cui al D. Lvo. 150/2022 è quella relativa alla sentenza di proscioglimento che può essere adottata nel caso in cui il tempo che residua affinchè si*

[592] G. GARUTI, op. cit. 13 ss., rimarca a tal proposito il dovere, in capo a p.m. e giudice, di effettuare la valutazione anche alla luce dei termini di prescrizione del reato, potendosi paradossalmente giungere a una richiesta di archiviazione o a una sentenza di non luogo a procedere a fronte di un illecito fondato nel merito, ma prossimo alla prescrizione, ovvero suscettibile di prescriversi in un arco di tempo incompatibile con le ordinarie dinamiche processuali. In senso contrario F. ALVINO, *op. cit.* 32 secondo il quale la formula adottata dal legislatore si riferisce esclusivamente alla «idoneità dimostrativa degli elementi acquisiti», di tal che l'art. 425 comma 3 c.p.p. preclude l'emissione della sentenza di non luogo a procedere per valutazioni non attinenti alla fondatezza dell'accusa.

[593] GIP Patti, sent. n. 10/23 Reg. Sent., 27.1.2023, cit.

maturi la prescrizione del reato per il quale si procede è verosimilmente inferiore alla durata media del giudizio di primo grado. In tali casi, infatti, proprio in ossequio al disposto di cui al terzo comma dell'art. 425 c.p.p., così come novellato dall'art. 23 c. 1 lett. l del D. Lvo 10 ottobre 2022 n. 150, non vi sarebbe una ragionevole previsione di condanna perchè il tempo di prescrizione del reato maturerebbe verosimilmente prima di una eventuale condanna in primo grado». Posto tale principio, il giudice preliminare siciliano[594] risolveva il caso concreto – avente ad oggetto più condotte di truffa ai danni della UE - facendo riferimento alla durata media del giudizio di primo grado, mediante l'ausilio delle Tabelle di organizzazione per il triennio 2020-2022 varate dal Presidente del Tribunale di Patti, ove al paragrafo "Ordine di priorità"[595], si indicavano i tempi per i procedimenti prossimi alla prescrizione (per tali intendendosi quelli che, al netto delle eventuali sospensioni, si prescrivano entro 12 mesi), per i quali non vi fosse costituzione di parte civile e che non fossero pronti per la definizione...». Così veniva emessa sentenza di non luogo a procedere con la espressa motivazione che «*non vi sarebbe una ragionevole previsione di condanna in considerazione del fatto che il tempo di prescrizione del reato verrebbe a maturare verosimilmente prima di una eventuale condanna in primo grado*».

Il principio in esame avrebbe trovato – come anticipato al paragrafo precedente – un diverso riscontro da parte del GIP di Siena in una decisione di poco successiva, anche se – è bene ripeterlo – in quella ordinanza non si nega aprioristicamente la possibilità che la prescrizione imminente possa incidere sulla sussistenza delle ragionevoli previsioni di condanna, semmai introducendosi implicitamente una gradualità sulla "ragionevole previsione di prescrizione".

Sempre nell'ambito della valutazione prognostica sulla concreta attuazione della pretesa, il GUP potrebbe trovarsi di fronte ad una situazione parzialmente diversa, e cioè giudicare una fattispecie di reato sottoposta ad iter di modifica sostanziale o addirittura espunzione dall'ordinamento.

> Si pensi alla vicenda – mutuata anche questa volta dalla realtà giudiziaria – di Tizio, Caio e Sempronio, imputati ai sensi degli artt. 110 e 323 c.p. (capo A) perchè, in concorso di volontà e azione tra loro, quali agenti della Polizia di Stato e quindi pubblici ufficiali, nello svolgimento delle loro funzioni e servizio, in violazione delle norme di legge di cui ai successivi capi B (lesioni) e C (danneggiamento), intenzionalmente cagionavano ai minori Mevio e Filano un danno ingiusto, consistente in lesioni personali guaribili in giorni 5 s.c., oltre che nel danneggiamento di un telefono cellulare. I fatti contestati erano stati commessi il 9 giugno 2022, e la Procura procedente aveva richiesto ed ottenuto la fissazione dell'udienza preliminare per il 15 gennaio 2024. Orbene, l'art. 1 c. 1 lett. b) del D.D.L. 808/2023 - noto come Decreto Nordio - prevede l'abrogazione secca dell'art. 323 c.p., prevedendo una vera e propria

[594] S. BECCAGLIA., *La deflazione dell'udienza preliminare riformata: primi riscontri applicativi*, in Arch. Pen. (web), fasc. n. 3/2023, pag. 3.

[595] Contrario ad ancorare l'inazione del P.M. ai "tempi fisiologici del procedimento" F.M. DAMOSSO, op. cit. pag. 6.

abolitio criminis. Il 9 gennaio 2024 la Commissione Giustizia del Senato aveva peraltro votato favorevolmente rispetto all'abrogazione. Posto che l'udienza preliminare si celebra il 15 gennaio 2024, può il GUP ritenere sussistenti ragionevoli previsioni di condanna per una fattispecie destinata all'abrogazione? È *efficiente* disporre il rinvio a giudizio, e quindi accrescere il carico di lavoro del Tribunale, quando si ha la *ragionevole* previsione della abrogazione della fattispecie?

L'art. 425 c. 3 c.p.p. assicura quindi un ulteriore controllo giurisdizionale sull'operato del pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari, nella misura in cui pone il GUP nelle condizioni di fermare l'azione penale prima che essa conduca ad un dibattimento costoso per la macchina giudiziaria, perchè superfluo nei termini sopra esposti.

Vediamo adesso - utilizzando lo stesso criterio adoperato per la fase dell'archiviazione - come si atteggia la formula ragionevoli previsioni di condanna nell'udienza preliminare. Anche in tal caso per comodità di analisi distinguiamo una parte diagnostica - consistente nell'analisi valutativa dello stato di idoneità degli atti investigativi nella loro sintomaticità dimostrativa - (diagnosi, par. 3.1.), e una parte prognostica – focalizzata sull'evoluzione potenziale degli stessi ma ai fini della condanna (prognosi, par. 3.2.) -.

3.1. Segue. L'analisi valutativa dello stato di idoneità degli atti investigativi nella loro sintomaticità dimostrativa (diagnosi), anche a seguito dell'esercizio dei poteri istruttori integrativi.

L'udienza preliminare rilasciata dalla riforma Cartabia mantiene una direttrice essenzialmente prognostica, pur risultandone valorizzato il momento diagnostico[596]: il pubblico ministero deve portare l'indagato davanti al GUP non per cercare la prova o corroborare gli elementi acquisiti, bensì solo se ritiene che ragionevolmente, sulla base degli elementi già acquisiti – allo stato degli atti, come nel giudizio abbreviato – il giudice pronuncerebbe una sentenza di condanna[597]. L'intensità del momento diagnostico (più di quello prognostico) risente della dilatazione dei poteri cognitivi che il D. Lgs. 150/2022 ha riconosciuto al giudice dell'udienza preliminare: la possibilità di verificare — *ex officio* o su impulso delle parti — sia la corrispondenza della contestazione alle risultanze dell'attività investigativa sia la corretta qualificazione giuridica del fatto oggetto di imputazione (art. 423 comma 1 bis c.p.p.).

[596] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 2.

[597] G.L. GATTA (1), *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge cartabia'*, in Sistemapenale.it.

Si spiega così perchè [598] la portata della nuova regola di giudizio - o, più propriamente, del presupposto a cui è subordinata, oggi, l'emissione della sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 comma 3 c.p.p.[599] - può essere compiutamente apprezzata solo analizzando, nel loro insieme, anche le innovazioni normative che hanno ridisegnato i poteri di controllo del giudice, scandendone l'esercizio nel corso dell'udienza preliminare[600].

In sostanza - ed è il punto che a noi interessa - il giudice dell'udienza preliminare è espressamente abilitato a sollecitare la revisione dei profili fattuali del *thema decidendum* e, nel caso di inottemperanza del pubblico ministero, non può che prendere atto dell'impossibilità di dare ulteriore corso all'accertamento processuale, disponendo la regressione della vicenda giudiziaria alla fase delle indagini preliminari. Vale a dire, il GUP interviene in maniera decisa sul fatto posto dal P.M. a base della richiesta di rinvio a giudizio, operando così un inedito filtro sulla fattispecie concreta.

Lo scrutinio sulla coerenza dell'imputazione rispetto al compendio investigativo precede l'ulteriore verifica, prevista anch'essa dal "nuovo" art. 423 comma 1 bis c.p.p., che è focalizzata sulla correttezza della qualificazione giuridica del fatto prospettata nella richiesta di rinvio a giudizio[601].

---

[598] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 10.

[599] Così P. FERRUA (1), op. cit. 77.

[600] Non appare superfluo ricordare che nella udienza preliminare rilasciata dal D. Lgs.150/2022, completata la verifica della corretta instaurazione del contraddittorio attraverso gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, il giudice — a seguito della discussione o, qualora lo ravvisi opportuno, anche prima di darvi luogo — può promuovere l'interlocuzione con le parti su alcuni punti pregiudiziali della regiudicanda. Il primo controllo, ai sensi dell'art. 421 comma 1 c.p.p., verte sul rispetto dei requisiti di chiarezza e determinatezza dell'imputazione imposti dall'art. 417 comma 1, lett. b), c.p.p. la cui mancanza — laddove il pubblico ministero non provveda alla correzione dell'accusa sollecitata dal giudicante — determina la declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio. La previsione di cui all'art. 421 comma 1 c.p.p., così come novellata dalla riforma Cartabia, recepisce l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità nella nota sentenza "Battistella" con la quale le Sezioni Unite avevano subordinato la declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio per imputazione generica o indeterminata — e la conseguente regressione del procedimento — al preventivo "avviso" rivolto al pubblico ministero, ma da questi non recepito, per fargli apportare le necessarie correzioni al capo d'accusa. Al vaglio finalizzato a verificare il rispetto dei canoni formali della contestazione può seguire - ai sensi dell'art. 423 comma 1 bis c.p.p. - la verifica della corrispondenza tra gli enunciati fattuali contenuti nell'editto accusatorio e le oggettive risultanze dell'attività investigativa: laddove, sul punto, si ravvisino discrasie — non trovando riscontro, in atti, alcune delle circostanze di fatto dedotte in rubrica come elementi della fattispecie di reato contestata, semplice o aggravata, oppure come presupposti per l'eventuale applicazione di misure di sicurezza — il rappresentante dell'accusa anche in questo caso viene dapprima invitato ad «*operare le necessarie modificazioni*» e, solo se tale sollecitazione è ignorata, il giudice dispone anche d'ufficio — ma pur sempre dopo aver sentito le parti —la restituzione degli atti al magistrato inquirente.

[601] Il controllo sulla esatta individuazione delle norme incriminatrici violate - osserva G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 11 - è espressione tipica del potere giurisdizionale, costituisce una diretta estrinsecazione del principio di legalità e di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), sicchè la verifica delle fattispecie astratte più consone alla prospettazione fattuale dell'accusa ben può ritenersi connaturata al controllo giurisdizionale sull'imputazione esercitato in udienza preliminare; tale controllo si coniuga in altri termini con l'inedito potere di verifica della corrispondenza tra accusa e compendio probatorio, così da rendere completo ed efficace il vaglio preventivo sull'imputazione, che deve risultare non solo "corretta" - perchè sussunta nella fattispecie astratta che meglio si attaglia al fatto concreto - ma anche "congrua" - in quanto conforme alle risultanze investigative acquisite in atti -.

Esauriti i controlli formali e sostanziali sull'imputazione, il giudice dell'udienza preliminare post Cartabia deve esaminare l'adeguatezza degli accertamenti compiuti nel corso delle indagini, anzitutto per appurare se gli elementi raccolti dall'organo inquirente siano in grado di fornire adeguato sostegno dimostrativo a ciascun segmento fattuale implicato nella pretesa punitiva e se possono essere disposte integrazioni utili ad agevolare la decisione in un senso o nell'altro.

In ossequio al già sopra visto (par. 2.1 sezione II) canone della completezza delle indagini preliminari — che con la novella consolida il rango di principio generale del sistema[602] — il giudice dell'udienza preliminare è tenuto ad individuare, infatti, potenziali lacune probatorie, provvedendo a colmarle con il più consono tra gli strumenti apprestati dal codice.

La scelta dell'organo giurisdizionale — tra l'indicazione al pubblico ministero di ulteriori indagini finalizzate ad approfondire temi dell'accusa rimasti oscuri (art. 421 bis comma 1 c.p.p.) e l'assunzione dei mezzi di prova di cui sia prospettabile, a priori, la evidente decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 comma 1 c.p.p.) — è inevitabilmente orientata dall'esito della prima valutazione operata allo stato degli atti: qualora intraveda un possibile epilogo dell'udienza preliminare favorevole all'imputato[603], il giudice opterà per l'incombente istruttorio in luogo del supplemento investigativo, volto, invece, nella generalità dei casi, a colmare vuoti probatori nella prospettiva di un consolidamento dell'accusa[604].

Terminati i controlli pregiudiziali ed espletata l'eventuale integrazione investigativa o probatoria, il giudice deve esprimersi con pieni poteri cognitivi — proprio in ragione dell'ampiezza degli strumenti

---

[602] Come rammenta G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 11, l'esigenza di completezza delle indagini è stata rimarcata anche dalla Corte costituzionale sin dalle prime pronunce successive all'entrata in vigore del codice del 1988 (Corte cost., n. 88 del 1991; Corte cost., n. 139 del 2015; Corte Cost. n. 115 del 2001, 263). In tale prospettiva, la legge n. 479 del 1999 ha introdotto la previsione di cui all'art. 421-bis c.p.p. con il precipuo intento di garantire — proprio attraverso la completezza delle indagini preliminari — sia l'obbligatorietà dell'azione penale, sia la scelta consapevole della difesa dell'imputato in favore di uno dei riti alternativi. Secondo M. BUSETTO - *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in Arch. Pen., 2023, 1, 1 ss. - con la "riforma Cartabia" la disposizione sembra assumere maggiore rilievo sistematico, in quanto destinata ad incidere in maniera significativa anche sull'applicazione delle nuove regole di giudizio proprie dell'udienza preliminare.

[603] Secondo C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 12 ss., le risultanze dell'attività investigativa debbono preludere all'esito liberatorio, anche se l'iniziale prognosi favorevole all'imputato potrebbe essere ribaltata dalla successiva assunzione della prova disposta ai sensi dell'art. 422 c.p.p., laddove emerga la necessità di sottoporre l'accusa al vaglio dibattimentale.

[604] Il giudice che ordina l'integrazione delle indagini non sembra sconfinare nelle prerogative istituzionali dell'organo inquirente, in quanto si limita a verificare la completezza del compendio probatorio utilizzabile ai fini della decisione. In altri termini, la constatata lacunosità degli accertamenti svolti — con la conseguente indicazione di «ulteriori indagini» e del termine entro cui svolgerle — non sembra esporre il titolare della funzione giurisdizionale a pericolose «contaminazioni inquisitorie», posto che il compito del giudice resta circoscritto al controllo sull'adempimento dell'obbligo di esercizio dell'azione.

correttivi di cui dispone — sulla richiesta di prosecuzione del processo avanzata dal pubblico ministero[605].

> Secondo parte della dottrina[606] la dilatazione dei poteri istruttori del GUP per mano del D. Lgs. 150/2022 alimenterebbe una sostanziale confusione tra le distinte fasi processuali, un offuscamento della funzione dell'udienza preliminare, e, in ogni caso, la sostanziale pre-delibazione in previsione della condanna sconta la permanenza di un pregiudizio per l'imputato non prosciolto. Si osserva in senso parzialmente difforme[607] che l'elemento di distinzione si annida nella completezza del giudizio e nelle provvisorietà della fase investigativa, parallelismo che rinvia alle misure cautelari, dove la gravità indiziaria non può essere paragonata alla successiva verifica dialogica per un'evidente ragione: ciò che è provvisorio ed in naturale evoluzione non può essere paragonato a ciò che è, invece, per definizione stabile.

L'interrogativo riguarda non tanto il perimetro della valutazione (risolvibile rispondendo a questo interrogativo: se dovessi decidere sulla scorta degli atti a mia disposizione, cosa farei?), ma l'effetto condizionante sprigionabile per il futuro; da tale punto di vista si disegna l'effettiva problematicità per la tenuta del sistema processuale.

Il nodo da sciogliere sarà questo[608]: entro quali limiti il giudice dell'udienza preliminare potrà indicare al pubblico ministero, attraverso i poteri istruttori rafforzati dalla riforma Cartabia (art. 421 *bis* e 422

---

[605] È infatti rimasta invariata la previsione di cui all'art. 425 comma 1 c.p.p., che impone il rigetto della domanda di giudizio avanzata dal pubblico ministero laddove si registri la comprovata ricorrenza di un motivo di proscioglimento nel merito oppure di una causa di non punibilità, di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale, anche per effetto — così come dispone l'art. 425 comma 2 c.p.p. — del riconoscimento di circostanze attenuanti o del giudizio di bilanciamento compiuto ai sensi dell'art. 69 c.p..

[606] C. NAIMOLI, op. cit. pag. 845, osserva come un vaglio in udienza preliminare che contempli la previsione di condanna dell'imputato, induce a chiedersi se sia opportuno - consequenzialmente - ampliare, assieme ai poteri cognitivi, i diritti difensivi, rivisitando le norme in tema di modifica dell'imputazione ex art. 423 c.p.p. in prospettiva maggiormente garantista, sulla falsariga delle norme in tema di modifica dell'imputazione in dibattimento. Del resto, ci sono le premesse per poter dubitare dell'attualità delle affermazioni della Consulta sul tema, che descrivono l'udienza con una fase unicamente diretta a stabilire se ci siano i presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal P.M. Ancora, un canone decisorio che si fondi sui profili di merito (seppur in termini di prognosi di condanna), impone di riflettere sul rapporto tra la sentenza di non luogo a procedere e l'immediata declaratoria delle cause di non punibilità, al fine, forse, di rivedere l'esclusione di un rapporto di specialità o relazione di eccezionalità tra le norme. Perché se è vero che tra le maglie dell'art. 129 c.p.p. il vaglio del giudice si limita al materiale *ex actis* raccolto, senza operare alcuna prognosi di futura evoluzione probatoria di questo, finalizzato ad una valutazione di merito; è anche vero che, stante la riforma della regola di giudizio, la sentenza di non luogo a procedere non conserverebbe più la stessa autonomia decisoria, perché non è più orientata alla sola utilità del dibattimento in base alla sostenibilità dell'accusa, ma sospinta verso il merito della consistenza di questa.

[607] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 23.

[608] Possiamo quindi individuare almeno due profili di incertezza - che la prassi dovrà approfondire - capaci di condizionare la concreta riuscita della riforma nella parte in cui ha introdotto la formula delle ragionevoli previsioni di condanna in udienza preliminare.

Il primo riguarda la natura della valutazione effettuata dal giudice all'esito dell'esercizio dell'azione penale e lo spessore della stessa: ci si interroga cioè, se si tratterà di una valutazione di merito (chiusa a prospettive di sviluppo futuro) o resterà meramente procedurale (al contrario aperta alle possibili implementazioni dibattimentali). La ragion d'essere della riforma Cartabia e la storia dell'evoluzione dell'udienza preliminare militano

c.p.p.) la strada da percorrere per raggiungere la ragionevole previsione di condanna nella prospettiva di emettere il decreto che dispone il giudizio, posto che il sistema antecedente alla Cartabia era, invece, disegnato nel senso di riconoscere al GUP significativi poteri probatori solo nella prospettiva del proscioglimento o del completamento delle indagini?

In una sostanziale eterogenesi dei fini[609], una formula nata per snellire il transito al dibattimento (anche nella prospettiva della ragionevole durata del processo), rischia di appesantire l'udienza filtro e restituire una figura molto simile al giudice istruttore di antica memoria. E potrà anche snaturare la funzione di garanzia del giudice nella misura in cui consentirà un potere di iniziativa diretta a raggiungere un livello probatorio tale da autorizzare il rinvio a giudizio. In questo ambito, la strada da percorrere - per non stravolgere il sistema ed evitare di allungare i tempi di durata del processo - potrebbe essere quella di limitare al minimo l'uso dei poteri conferiti dall'art. 421 bis c.p.p. e, in prospettiva, di abrogare questa stravagante disposizione[610], la cui utilizzazione volta a raggiungere l'epilogo negativo attraverso l'iniziativa del giudice ferisce in modo mortale l'imparzialità del giudice[611].

Il dato certo è che se la decisione da assumere vede ampliato l'orizzonte prospettico del giudizio, cresce proporzionalmente l'impegno cognitivo del Giudice, perché tanto maggiore è lo slancio nel merito, quanto maggiormente avvertito sarà l'obiettivo di compiutezza. È, dunque, molto concreto il rischio di una prassi diretta a neutralizzare la nuova regola di giudizio attraverso la riesumazione della vecchia teoria della decisione meramente procedurale, lasciando sostanzialmente inalterato il transito al dibattimento.

---

decisamente nel primo senso: queste valutazioni sono decisamente di merito. La giurisprudenza di legittimità dovrà mutare radicalmente prospettiva e dovrà anche riconoscere la responsabilità di aver fatto fallire, nella sostanza, l'udienza filtro attraverso un'interpretazione (almeno) riduttiva della regola di giudizio previgente. Un secondo profilo riguarda "il rapporto tra la "nuova" regola di giudizio e l'attività di integrazione probatoria" ovvero la latitudine della futura implementazione probatoria ad opera del GUP per raggiungere il minimo sindacale imposto dal nuovo criterio di valutazione. La prospettiva concreta è quella di una maggiore attività probatoria del giudice per inseguire, in un senso o nell'altro, la ragionevole previsione di condanna.

[609] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 12

[610] A. DE CARO (1), op. cit. pag. 24.

[611] Al di là delle migliori intenzioni resta poi immutato il profilo della "convenienza" ad emettere il decreto che dispone il giudizio privo di motivazione, piuttosto che la sentenza di non luogo a procedere, al contrario ancora doverosamente motivata. Convenienza spesso suggerita dal carico di lavoro del giudice dell'udienza preliminare e ancor di più del giudice dibattimentale alle prese con la nuova udienza filtro. Sarebbe stato forse più efficace neutralizzare la comoda scorciatoia del decreto che dispone il giudizio immotivato, imponendo invece la motivazione a sostegno del decreto che dispone il giudizio, soluzione che avrebbe determinato l'inversione del tema di prova, e responsabilizzato maggiormente il GUP che decide il passaggio alla fase dibattimentale, ma che non appare concretamente percorribile per l'evidente condizionamento sul giudice del dibattimento.

L'avvertita esigenza di speditezza e di efficienza che conduce al progressivo cedimento della centralità del dibattimento e consequenziale potenziamento delle fasi anteriori rischia[612] di avere imponenti ricadute sugli equilibri sistematici, nel senso che l'alterazione della fisionomia degli stadi preliminari affianca al timore di una regressione del processo anche quello di un concreto appesantimento dei momenti anteriori in funzione del relativo epilogo[613].

Chiarita la latitudine dei poteri istruttori rilasciati dalla riforma, possiamo delineare il significato del termine "condanna", anzitutto chiedendoci se dovrà essere valutato dal GUP "al di là di ogni ragionevole dubbio" ovvero a seguito di una prognosi in concreto parametrata sulle tempistiche del singolo processo[614]. Nonostante il richiamo alla sentenza della Consulta n. 88 del 1991 operato nella Relazione di accompagno della Delega, il nuovo criterio porta a rileggerne le affermazioni alla stregua della logica efficientistica[615] - perseguita dalla riforma per esigenze di funzionalità del sistema[616] - secondo cui il giudice dell'udienza preliminare dovrà sciogliere l'alternativa rinvio a giudizio-non luogo a procedere guardando all'idoneità del materiale a determinare l'esito finale - la condanna - a conclusione del dibattimento. Il che, almeno in prospettiva teorica e speculare rispetto al "non luogo", ridurrebbe di molto il carico di rinvii a giudizio e dibattimenti, allargando lo spazio ideale per le sentenze di non luogo a procedere: considerato il canone indicato per la decisione sull'archiviazione, le maglie del filtro dell'udienza preliminare dovrebbero restringersi al punto da cancellare la disinvoltura con la quale non è raro che si provochi inutilmente il passaggio al dibattimento. La contropartita starà nella più

[612] C. NAIMOLI, op. cit. pag. 847.

[613] La speranza nella riuscita di questa parte della riforma Cartabia resta al momento completamente affidata alla capacità dei giudici di affrontare una sfida epocale con un impegno straordinario. Al potere esecutivo spetterebbe, in aggiunta, il compito di aumentare risorse e organici per far decollare la riforma. Sono entrambi profili affidati, però, al momento, più alla speranza di una modifica culturale dei magistrati coinvolti che alla portata rivoluzionaria della norma, il cui perimetro semantico dobbiamo adesso segnare, anche per distinguerlo dalla omonima regola prevista per la fase di archiviazione e per l'udienza predibattimentale.

[614] G. GARUTI, *op. cit.* pag. 12 osserva come, se l'opzione del p.m. tra azione e inazione è sempre stata – per ragioni riconducibili al ruolo – orientata da un'idea di probabile condanna futura più che dalla sostenibilità dell'accusa in dibattimento, è il g.u.p. che, a fronte di questa "nuova" regola, sarà chiamato a effettuare una valutazione non più di natura "processuale", bensì di "merito", essendo stato spostato, il cuore del processo, alla fase delle indagini preliminari.

[615] Riferite all'art. 125 disp. att. c.p.p., le considerazioni della Corte costituzionale ne spiegavano i tratti operativi richiamandosi alla volontà del legislatore di adeguare la norma al principio costituzionale (112 Cost.), ripudiando qualsiasi logica efficientistica e salvaguardando, allo stesso tempo, la funzione "creativa" della prova assegnata al dibattimento nel nuovo sistema processuale. La regola che tale disposizione dettava per il pubblico ministero consisteva in una valutazione degli elementi acquisiti non nella chiave dell'esito finale del processo, bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio. Il quadro acquisitivo veniva cioè, valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo. Così come era formulata, la norma è, in definitiva, la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo.

[616] E. N. LA ROCCA, *op. cit. pag. 26*

approfondita valutazione del merito svolta in quella che sarà sempre più udienza e sempre meno preliminare, nonchè nel relativo obbligo di motivazione a cui sarà costretto il giudice della sentenza di non luogo pur dinnanzi alla più facile alternativa, priva di motivazione, del decreto che dispone il giudizio.

Sarà questo, nella già richiamata prospettiva pedagogica[617], l'inconveniente pratico da sciogliere, appurando se nel dubbio tra il "non luogo" e il rinvio a giudizio, continuerà ad imporsi il rinvio a giudizio, secondo il canone *in dubio pro actione*, proprio in virtù del fatto che sarà sempre più agevole per il giudice orientarsi verso il provvedimento immotivato rispetto alla più impegnativa motivazione della sentenza ex art. 425 c.p.p.[618]

La valutazione alla quale sarà chiamato il giudice in sede di udienza preliminare - quale verifica dell'accusa - sarà assimilabile, quanto a materiale da analizzare e contenuti, alla valutazione che lo stesso dovrà effettuare in sede di giudizio abbreviato – innocente/colpevole, con l'unica differenza che, in un caso il giudizio sarà parametrato in termini previsionali alla luce di ciò che potrà ragionevolmente accadere in sede dibattimentale, mentre, nell'altro caso, il giudizio verrà declinato in un contesto di attualità. In caso di compendi probatori dubbi, il giudice dovrà ponderare in maniera attenta la propria decisione. Per logica, elementi di prova incerti non possono far ritenere raggiungibile la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, ma non è detto che l'istruttoria dibattimentale non riesca a far luce sui punti d'ombra[619].

---

[617] Secondo C. NAIMOLI – op. cit. pag. 831 - l'accostamento del «vaglio prognostico ... ad uno diagnostico [è] ambiguità ... concettualmente meno equivoca se si pensa che la premessa inferenziale di qualsiasi prognosi è pur sempre una diagnosi», anche perché – aggiunge M. BONTEMPELLI op. cit. 1149 - la formula della norma richiama il carattere prognostico, più che diagnostico. È si vero che il pubblico ministero non è apparentemente chiamato a valutare soltanto l'astratta non superfluità del processo, bensì la sua concreta possibilità di tradursi nella condanna dell'imputato, ma va da sé che la concretezza di tale prognosi sfuma nella necessità che la stessa risulti ragionevole e nell'inevitabile insindacabilità dell'eventuale scelta di optare comunque per la richiesta di rinvio a giudizio".

[618] P. FERRUA (3), op. cit. pag. 2639, osserva come «il solo modo per una svolta radicale in favore della sentenza di non luogo sarebbe quello di convertire il rinvio a giudizio in termine 'marcato', vincolato alla motivazione, e il non luogo a procede- re in termine 'consequenziale'[...]; mentre, secondo R. ORLANDI (2) - *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in DisCrimen, 16 luglio 2021, 2 - l'alternativa è di abolire l'udienza preliminare o di ammetterla a richiesta dell'imputato, dato che non costituisce una fase necessaria del processo accusatorio.

[619] Scettico sul portato della riforma era anche M. BONTEMPELLI - op. cit. 1152 - il quale rilevava come la modifica della regola di giudizio di cui al c. 3 dell'art. 425 c.p.p. nel senso del giudizio diagnostico, influirebbe fra l'altro sull'archiviazione, alla luce della necessaria simmetria fra i presupposti dell'archiviazione e del non luogo a procedere. Il pubblico ministero dovrebbe infatti svolgere un vaglio sugli elementi conoscitivi acquisiti più penetrante rispetto a quello richiesto ai fini dell'attuale giudizio prognostico (caratterizzato da un grado logico inferiore). Il che andrebbe anche a scapito della durata delle indagini preliminari, dal momento che l'imputazione necessiterebbe di un sostrato probatorio più significativo, in termini di attitudine dimostrativa della colpevolezza dell'indagato. Specularmente, il rinvio a giudizio, ove fosse sorretto da una diagnosi di colpevolezza, verrebbe sempre più accostato alla decisione di condanna, per definizione basata su un giudizio diagnostico. Ciò tuttavia livellerebbe il requisito della certezza, necessario ai fini della condanna, al metro della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

3.2. Segue. La previsione ragionevole sull'evoluzione potenziale degli stessi ma ai fini della condanna (prognosi).

La nuova regola decisoria nell'udienza preliminare presenta[620] – pur nella doppia componente diagnostica e prognostica - una connotazione "più intensamente" prognostica[621], connaturata, del resto, alla distinzione tra udienza preliminare e giudizio, spostando il fulcro della valutazione sulla sostenibilità dell'azione penale verso i possibili risultati dell'azione stessa, vale a dire la condanna o l'assoluzione dell'imputato, delineando, così, in maniera più nitida il perimetro del *thema decidendum* e vietando al giudice considerazioni che non siano strettamente aderenti al compendio probatorio con il quale, in concreto, è chiamato a confrontarsi[622].

In tale prospettiva, abbiamo detto come il preventivo ricorso (nel momento diagnostico) agli strumenti integrativi di cui agli artt.: 421 *bis* e 422 comma 1 c.p.p. assuma un rilievo fondamentale[623], ponendosi come pregiudiziale necessaria ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere. Prima di "prosciogliere" l'imputato per la carenza o la discordanza degli elementi di prova acquisiti nel corso delle indagini preliminari, il giudice deve valutare, infatti, le opportunità di completamento del compendio investigativo e, solo all'esito dell'eventuale attività integrativa, potrà dare atto, con la sentenza resa ai sensi dell'art. 425 comma 3 c.p.p., della irrimediabilità del deficit probatorio.

L'equiparazione della condanna al rinvio a giudizio, dal punto di vista della diagnosi di colpevolezza, potrebbe giustificare lo svolgimento di tale diagnosi secondo lo schema probabilistico, e non della certezza. Al contrario, fallirebbe l'obiettivo di livellare verso l'alto lo standard di giudizio dell'udienza preliminare, dati gli inevitabili limiti di un accertamento preliminare basato sulle conoscenze investigative, pertanto diverso dall'accertamento conclusivo del rito abbreviato.

[620] In tal senso anche una delle prime pronunce di merito, GIP Patti, dott. Molina, sent. n. 10/2023 del 27.1.2023, cit.

[621] Secondo M. BONTEMPELLI, op. cit. pag. 1152., si tratta di svolgere un giudizio che è prognostico, e non diagnostico, in quanto si basa su un accertamento probabilistico (la probabile colpevolezza dell'imputato). Del resto, la componente prognostica è ineliminabile in ogni accertamento storico di tipo, per l'appunto, preliminare, come tale mirato ad anticipare una valutazione che potrebbe essere effettuata in modo più completo in una fase processuale successiva. Accertamento preliminare, ragionamento probabilistico e giudizio prognostico appaiono come termini necessari di uno schema che rende l'udienza preliminare refrattaria al giudizio diagnostico, semmai legato all'accertamento completo e alla diagnosi categorica.

[622] Non possiamo infatti mai sottovalutare che - come ricorda M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, pag. 396 – il processo non è riconducibile ad una specie di competizione letteraria, il cui fine è di scegliere una buona narrazione o la narrazione migliore. Al contrario, poiché la decisione giudiziaria si fonda essenzialmente sulla corretta applicazione di una norma ai fatti del caso concreto, ciò che occorre è che il processo metta capo nella decisione finale ad una narrazione fattuale vera, in quanto fondata su una valutazione razionale delle prove disponibili. Questa considerazione porta a mettere in particolare evidenza quella che si è chiamata dimensione epistemica del processo e della decisione, ma anche a tener conto della complessità strutturale che deriva dalla pluralità delle dimensioni che sono presenti nel processo e nella decisione.

[623] G. DELLA MONICA, op. cit. pag. 17.

Appare indiscutibile come nessun legislatore possa essere in grado di individuare a priori, sotto il profilo quantitativo o qualitativo, gli elementi necessari ai fini del passaggio al dibattimento, circostanza che imporrebbe – nell'assenza di un criterio ermeneutico accettabile - di rimettersi alla prudenza e alla capacità di valutazione del singolo giudice, con la coscienza che qualsiasi calcolo in astratto del valore del materiale presentato condurrebbe ad un sistema di prova legale in contrasto con gli assunti dell'epistemologia contemporanea. D'altronde, all'accusa *vocatio in iudicium* basta meno dell'occorrente a una condanna, ma bisogna negarla dove le probabilità *contra reum* scendono sotto date soglie; ed è ovvio che tale limite inferiore non sia qualificabile a priori, anche in virtù della diade *efficienza*/*ragionevolezza*.

Come vedremo nel prosieguo della ricerca, la perimetrazione del momento prognostico della regola introdotta per l'udienza preliminare può essere senza dubbio agevolata[624] dalla giustizia predittiva, in quanto la regola di giudizio sembra ispirarsi alla teoria della condanna probabile, che evoca necessariamente un giudizio di natura probabilistica, in quanto il ragionamento che impone una previsione è necessariamente probabilistico.

Anche le tempistiche del singolo processo dovranno essere in concreto tenute in considerazione nella valutazione prognostica condotta dal giudice, ponendosi in contrasto con le regole dell'efficienza processuale una valutazione che le dovesse ignorare. Da qui, allora, il dovere, in capo al giudice, di effettuare la valutazione anche alla luce dei termini di prescrizione del reato, potendosi paradossalmente giungere a una sentenza di non luogo a procedere a fronte di un illecito fondato nel merito, ma prossimo alla prescrizione, ovvero suscettibile di prescriversi in un arco di tempo incompatibile con le ordinarie dinamiche processuali (si pensi agli esempi di cui al paragrafo che precede).

Partendo dal presupposto che – come osservato già a proposito della richiesta di archiviazione[625] - ha senso parlare in termini di «ragionevole previsione di condanna» quale spartiacque tra azione e inazione unicamente laddove le indagini siano state svolte in modo completo, pare utile domandarsi se, in un'ottica di efficienza del processo penale, il concetto di integrazione delle indagini, finalizzato a creare una indagine completa, possa oggi ritenersi un concetto "neutro" ovvero, essendo mutato il criterio di giudizio che ha ad oggetto le indagini stesse, debba essere agganciato alla "nuova" regola. In ogni caso[626], le indagini integrative dovranno essere ordinate dal giudice unicamente laddove risultino ipoteticamente utili a integrare ulteriormente il materiale investigativo destinato a corroborare una

[624] C. INTRIERI – L. VIOLA, op. cit. pag. 3

[625] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 4.

[626] G. GARUTI, *op. cit.* pag. 12.

prognosi di «ragionevole condanna». D'altronde, se rispetto alla richiesta di archiviazione una eventuale integrazione investigativa finalizzata alla raccolta di ulteriori elementi a favore dell'indagato risulterebbe inutile – potendosi il giudice convincere, in caso di dubbio sulla necessità di agire, in base al materiale già raccolto dal p.m. – con riguardo alla richiesta di rinvio a giudizio, il materiale investigativo utile al giudice ai fini della propria valutazione potrà essere unicamente quello che da una situazione di dubbio – favorevole all'imputato – lo induca a virare verso una «ragionevole previsione di condanna».

La scansione procedimentale della nuova formula in udienza preliminare suona quindi così: il GUP, a seguito della analisi valutativa dello stato di idoneità degli atti investigativi nella loro sintomaticità dimostrativa (momento diagnostico) deve verificare se esista un "concreto programma istruttorio" tale da far ragionevolmente prevedere l'evoluzione potenziale degli atti investigativi ai fini della condanna (momento prognostico), valutazione che può rendere più agevole mediante l'amplificazione dei poteri istruttori previsti dalla riforma Cartabia. Se a seguito di questa "diagnosi prognostica" non sussistono ragionevoli previsioni di condanna, che possono afferire tanto alla responsabilità dell'imputato per ragioni sostanziali (manca un elemento del fatto tipico) o processuali (alcuni atti processuali sono inutilizzabili) quanto alla concreta attuazione della pretesa (imminente prescrizione, condizioni di salute irreversibili del reo, *abolitio criminis* imminente, particolare tenuità del fatto, sopraggiunta improcedibilità), il GUP deve prosciogliere ai sensi del comma 3 dell'art. 425 c.p.p.

Scandagliare le componenti della "diagnosi prognostica" non consente di trascurare il rischio che la rimodulazione della regola di giudizio possa sovvertire la fisionomia stessa della udienza preliminare[627], dal momento che materialmente sposta la cognizione del giudice dal controllo della utilità e legittimità della istaurazione del giudizio dibattimentale verso valutazioni di tipo prognostico sulle prospettive di condanna o assoluzione dell'imputato. È stato efficacemente osservato[628]: «*dal rito al merito, da filtro delle imputazioni azzardate a giudizio in miniatura o, nella migliore delle ipotesi, a prova generale del medesimo*». In questa battuta si manifesta la cifra della inefficienza di una simile modifica normativa che, pensata per deflazionare l'accesso al dibattimento delle accuse destituite *ictu oculi* di fondamento,

[627] Secondo A. GAITO – R. LANDI - op. cit. pag. 15 - l'utopia alloggia sia nella coerenza sistematica delle modifiche normative in osservazione, votate ad un netto spostamento 'indietro' dell'equilibrio processuale verso la fase delle indagini preliminari, come illustrato dai commenti del confronto ed inaudita defensione, sia nella presunta «aleatorietà» del controllo dell'udienza preliminare, che sarebbe strutturalmente inidonea a garantire la prova di resistenza dell'enunciato accusatorio prospettato rispetto «al vaglio dell'escussione incrociata [...] e alle prospettazioni difensive che – secondo F. ALVINO, op. cit. pag. 38 - la difesa abbia ritenuto di non anticipare all'udienza preliminare, riservandone l'emersione al giudizio».

[628] A. GAITO- R. LANDI, op. cit. pag. 14

rischia di sortire[629] un effetto stigmatizzante sulla difesa, nella misura in cui andrà a caricare di un velato pregiudizio il decreto che deve disporre il giudizio.

La stessa formulazione in chiave negativa della regola di giudizio, in virtù della quale il giudice non pronuncia il non luogo a procedere allorchè ragionevolmente preveda la condanna dell'inquisito, "macchia" la posizione processuale del medesimo di una previsione di colpevolezza antinomica a quella presunzione di innocenza che inerisce ad un rito penale di europea conformità. Capovolgendo i termini della questione[630]: il giudice rinvia a giudizio allorquando prevede, secondo parametri di ragionevolezza, un esito *contra reum* del dibattimento. Seguitando nelle fasi processuali, l'inquisito nel rito post Cartabia siede al banco degli imputati "forte" di una innocenza per due volte ragionevolmente rinnegata dalla magistratura (sebbene solo una delle due da chi di fatto esercita la giurisdizione), ovvero gravato da una ipoteca troppo pesante per l'imputato, dalla quale quest'ultimo potrebbe emanciparsi solo optando in favore di un rito alternativo.

Sulla base della nuova regola di giudizio, procedere al dibattimento potrebbe quindi significare per l'imputato accettare di dover a priori dimostrare la propria innocenza ed estraneità ai fatti, a fronte di una accusa che agli atti risulta, giudizialmente, "prevedibilmente fondata". Un correttivo alla deriva inquisitoria ed iniqua di un rinvio a giudizio così strutturato avrebbe potuto essere inserito nella formula medesima[631], in luogo di quell'aggettivo "ragionevole", simulacro da riempire di significati ma per il

---

[629] R. DEL COCO, op. cit. 88.

[630] Come osserva P. FERRUA (3) - *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in Cass. pen., 2020, 2643 ss. - davanti a un'alternativa decisoria possiamo distinguere due termini. Il primo è il termine "marcato", ossia quello che veicola la proposizione da provare, e che in tanto può essere affermato dal giudice in quanto sia provata tale proposizione. Il secondo è il termine "consequenziale", così definibile perchè la sua affermazione non richiede la prova di un'autonoma proposizione, ma semplicemente la mancata prova della proposizione relativa al termine "marcato". Il termine "marcato" è necessariamente motivato, dovendo rendere conto della proposizione provata; per quello "consequenziale" la motivazione potrebbe anche non essere prevista». In pratica, ci si trova davanti a un aut aut, ovvero a due possibilità di scelta: vi è un «termine marcato» (i.e. il provvedimento di cui la legge fissa i presupposti perchè lo stesso possa concretizzarsi) e vi è un «termine consequenziale» (i.e. il provvedimento che segue la mancata concretizzazione del provvedimento di cui non si sono realizzati i presupposti applicativi). Se non si avvera l'uno, l'effetto immediato è che si compie l'altro: *tertium non datur*. In sostanza «*individuare la regola di giudizio equivale a individuare la proposizione da provare, espressa dal termine marcato*». In questo modo, non si toglie libertà o autonomia deliberativa a chi decide, ma gli si offre un parametro decisorio di riferimento al quale rifarsi e, nell'evenienza in cui sia indeciso/dubbioso circa l'applicazione di un determinato istituto giuridico, finanche una "via di fuga obbligata". La circostanza che debba essere la sentenza di non luogo a procedere e non - come auspicato da P. FERRUA - il diverso decreto di citazione in giudizio ad essere marcato, non ferma l'involuzione, ma al contrario imprime ad essa una accelerazione. A fronte di che, la nuova regola di giudizio non ha altra funzione che certificare la condivisione, da parte del giudice della fase preliminare, della pretesa di condanna avanzata dall'organo di parte accusatoria, senza tuttavia consentire al giudice del dibattimento una apertura per conoscere l'iter logico seguito dal primo nella formulazione di quella ragionevole previsione di condanna che, già nominativamente, sarà, almeno a livello di inconscio, foriera di insidie nel proprio convincimento.

[631] L'assetto normativo – al lordo del criterio guida – presenta profili di contraddittorietà: da un lato il legislatore vorrebbe cestinare imputazioni perfettamente configurate, adeguatamente descritte, forse anche ben supportate dagli elementi raccolti, ma che non facciano prevedere ragionevolmente la condanna, in quanto magari sussiste una lacuna probatoria su un elemento dell'accusa, certamente colmabile in dibattimento,

quale, nel silenzio del legislatore delegante e delegato, non è possibile attendere l'intervento dell'interpretazione di matrice giurisprudenziale, necessitando un criterio guida che quanto meno isoli i casi in cui la previsione di condanna è irragionevole perchè impossibile (cfr. par. 2 sezione III).

Quale che sia la sostanza efficientistica di una simile modifica, è una questione che sembra dunque destinata a restare sullo sfondo delle logiche deflazionistiche sottese agli interventi sul codice di rito. La deflazione dei tempi della giustizia penale passa per una degenerazione del sistema[632], tendente ad una accentuata selettività dei casi da mandare a giudizio ordinario, implicando, addirittura nella formula ostativa al rinvio, l'accettazione che il dibattimento, se celebrato, condurrà statisticamente e prevedibilmente ad una condanna[633].

Come proveremo a dimostrare nella parte conclusiva della nostra ricerca, una volta che si sia realisticamente rinunciato a vaticinare sugli esiti del dibattimento in ragione della capacità cognitiva del materiale d'indagine, si potrebbe abbandonare l'indulgenza attuale verso gli errori dei pubblici ministeri e farli tutti rilevare in udienza preliminare. Se il pubblico ministero vuole accedere al dibattimento dovrà confezionare un'accusa chiara e precisa nella descrizione del fatto e tracciare le corrispondenze giuridiche tra questo e la norma prescelta in modo impeccabile; configurare le circostanze con precisione; indicare le misure di sicurezza come conseguenza del fatto descritto.

---

ma che allo stato degli atti non permette di garantire all'intera ipotesi ricostruttiva il massimo grado di evidenza; dall'altro, lo stesso codice riformato, davanti ad un'accusa zoppicante, descritta in modo ambiguo o insufficiente, giuridicamente mal configurata, insiste con pazienza affinché il pubblico ministero la corregga, prima di dichiararne la nullità (artt. 421, 423 comma 1 bis e 554 bis comma 6 c.p.p.). Il che non trasmette un'idea lineare su quale sia l'obiettivo che il legislatore intende perseguire: se vuole sfoltire i dibattimenti, l'accusa di cui sbarazzarsi immediatamente e per sempre è proprio quella mal strutturata.

632 A. GAITO - R. LANDI, op. cit. pag. 14

633 In effetti, perché il giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare non abbiano assunto, nel tempo, il ruolo funzionale di censori delle iniziative del pubblico ministero è un quesito che avrebbe senso porsi, anche alla luce delle considerazioni di cui ai paragrafi 1 e 2 sezione I. Sta di fatto che non si può pretendere che lo diventino oggi a suon di norme, essendo ormai evidente che l'udienza preliminare non funziona da filtro per selezionare le accuse degne del dibattimento, circostanza che ha determinato gli stessi sistemi di *common law* ad abbandonarla in questa prospettiva. Tanto vale allora pensare più realisticamente a un'udienza preliminare che svolga la sua funzione abbassando in modo funzionale lo standard del controllo, e soprattutto individuandolo in temi che non implicano la misura dell'evidenza dimostrativa degli elementi fin lì raccolti. La natura degli atti di indagine e quella delle prove con genesi dibattimentale, sulle quali sole si misura la possibilità concreta della condanna, sono troppo diverse. Il progetto che la legge avrebbe potuto forse perseguire sarebbe stato quello di assegnare al giudice per l'udienza preliminare il compito di far arrivare al dibattimento accuse confezionate in modo corretto, dal punto di vista delle corrispondenze tra fatto e diritto, comprensibili nella descrizione del fatto materiale e nella qualificazione giuridica di esso: un controllo, a grandi linee, simile a quello demandato al giudice del patteggiamento, incluso ovviamente quello che riguarda l'esclusione del ricorrere di cause di proscioglimento. Ciò, però non dovrebbe significare che il giudice contribuisce alla correzione dell'imputazione, come oggi accade, ma che la dismette, e lo fa chiudendo il processo.

Fallire questo suo compito gli costerà il processo: è qui che il pubblico ministero non deve avere alcuna *chance* a seguito dell'indagine, non nella ricostruzione del fatto ai fini del giudizio[634]. Allo stesso modo, andrebbe preservato il potere del giudice dell'udienza preliminare di pronunciare sentenza, rilevata una causa di proscioglimento[635].

Nel resto dei casi, realisticamente, sarà davvero arduo portare i giudici dell'udienza preliminare a non disporre i dibattimenti. Tanto vale, allora, rafforzare un controllo che sia concretamente ottenibile. Esso, in realtà, potrebbe riservare molte sorprese e dimostrarsi selettivo oltre ogni immaginazione[636].

Detto in altre parole, la transizione dell'udienza preliminare da momento di delibazione sommaria - e talvolta solo "di facciata" - a momento in grado di prognosticare ragionevolmente il successo dell'opzione dell'accusa - quasi omologabile alla sede dibattimentale nel giudizio circa la colpevolezza - intensifica un alone inquisitorio che sposta l'asse del processo verso la fase anteriore, rispetto alla quale il dibattimento si porrebbe come il luogo della conferma[637]. È in quel riferimento alla condanna che pare annidarsi un'indistinta equazione tra quanto raccolto nella fase preliminare e ciò di cui il giudice del dibattimento ha bisogno per la decisione sulla responsabilità dell'imputato, quasi a rafforzare l'idea per cui la cultura di questo tempo non sembri del tutto in linea con gli intenti ideologici e metodologici dei codificatori, né di quelli sottesi all'art. 111 Cost. È evidente che il numero elevato di fattispecie di reato

---

[634] Accuse non correttamente confezionate, perché lacunose nella descrizione del fatto, dovrebbero essere causa immediata di sentenze di non luogo a procedere, dovendosi configurare questa nullità in modo che essa non comporti una regressione, ma una dismissione dell'accusa con sentenza, senza alcuna possibilità di correzione. Avendo il pubblico ministero confezionato male l'accusa, rendendola nulla, non sarà ammesso a ritentare l'instaurazione del processo in assenza di prove nuove, che sole possono scalfire la sentenza di non luogo a procedere: non sarà cioè favorito dalla regressione, ed abilitato quindi a riproporre l'imputazione emendandola dal vizio. Si tratta di proporre una deroga, solo in questo frangente, alla disciplina generale delle nullità, facendo confluire l'invalidità dell'accusa in una sentenza che dismette il processo: e tuttavia, se filtro deve essere, sembra opportuno che esso si abbatta proprio sulle imputazioni che l'accusatore non ha saputo formulare, e che potranno ritrovare posto nel processo solo se esso tornerà ad essere reclamato dall'arricchimento sopravvenuto del quadro probatorio.

[635] Ed è qui che potrebbero confluire le accuse elevate senza che neppure si possa scorgere un progetto probatorio a sostegno della dimostrazione futura degli elementi del reato. Alla stregua del criterio adottato dall'art. 129 c.p.p., i proscioglimenti chiaramente pronosticabili già dall'indagine non dovranno portare all'instaurazione del processo. Resterebbe salva la possibilità di rilevare la diversità del fatto descritto nell'imputazione, rispetto a quello definibile dagli elementi d'indagine, attraverso la restituzione degli atti al pubblico ministero da parte del giudice, secondo l'art. 423 c.p.p. Di questa disposizione, forse, dovrebbe essere ripensato il comma 1 bis, quantomeno nella parte in cui permette al giudice di imporre al pubblico ministero la contestazione di una circostanza aggravante che non aveva originariamente configurato.

[636] Se si lascia il giudice semplicemente a studiare la descrizione del fatto in rapporto alla norma incriminatrice, inasprendo al massimo questo suo controllo, potrebbero darsi effetti molto positivi, in futuro, sulla qualità delle imputazioni. E non è assurdo che il dovere rafforzato dell'accusatore di ipotizzare fondatamente imputazioni impeccabili sia esso stesso una causa di riduzione dei dibattimenti. Se ciò che si vuole evitare è che l'imputato sia trascinato in giudizio senza che l'accusatore disponga di adeguati sostegni cognitivi per affrontare la fase di formazione partecipata della prova, tale risultato potrà essere ottenuto solo nel lungo periodo, quando il pubblico ministero sarà cauto nella prospettiva di non incorrere nella inesorabile disfatta dibattimentale dell'accusa. Per intanto, si potrebbe cominciare a fermare, una volta e per sempre, imputazioni geneticamente destrutturate.

[637] E. N. LA ROCCA, *op. cit. pag. 26*

e il conseguente numero eccessivo di processi non possa essere affrontato con quella metodologia tanto perfetta quanto foriera di indugi e ritardi che non ci si può più permettere.

4. Le ragionevoli previsioni di condanna nella udienza predibattimentale.

Le considerazioni sin qui spese per la fase dell'archiviazione e dell'udienza preliminare possono essere *mutatis mutandis* applicate alla fase dell'udienza predibattimentale[638], al netto ovviamente, delle differenze afferenti il perimetro applicativo della formula rispetto a tale inedito istituto.
Come vedremo infatti, anche nell'udienza predibattimentale la formula delle ragionevoli previsioni di condanna sottende una "diagnosi prognostica", che però - a differenza delle formule previste per la fase della archiviazione e dell'udienza preliminare – possiamo definire "statica".

4.1. Segue. Cenni sull'istituto.

Se infatti per il rito collegiale l'udienza predibattimentale continua ad essere destinata ad affrontare le questioni prodromiche alla formazione dibattimentale delle prove, per il rito a citazione diretta dinanzi al Tribunale monocratico essa è finalizzata ad assicurare un vaglio preliminare della fondatezza dell'accusa, sulla base dello stesso criterio decisorio introdotto dal D. Lgs. 150/2022 per la fase della richiesta di archiviazione e dell'udienza preliminare.
Con l'udienza predibattimentale – celebrata dinanzi ad un Giudice diverso da quello funzionalmente competente per l'eventuale dibattimento - il riformatore ha previsto un filtro sulle vicende realmente meritevoli di processo, così da alleggerire il carico di lavoro del giudice del dibattimento e consentirgli di concentrare i propri sforzi sulla trattazione di processi per i quali il compendio investigativo abbia effettive possibilità di esitare in una sentenza di condanna.
Nelle intenzioni del legislatore l'udienza predibattimentale non doveva affatto essere un semplice doppione dell'udienza preliminare, ma piuttosto una sorta di udienza preliminare per il rito monocratico.
Sotto il profilo funzionale anche l'udienza predibattimentale viene introdotta dal decreto di citazione diretta del pubblico ministero (art. 550 c.p.p.) ed è concepita come la fase iniziale del dibattimento – non come una fase diversa[639] - in cui affrontare le questioni preliminari, che non possono essere riproposte in

[638] M. DANIELE, *op. cit.* pag. 1.

[639] Cfr. F. LOMBARDI, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in Giurisprudenza Penale Web, 12, 2022, pagg. 1-12.

seguito (art. 554 *bis* comma 3). L'epilogo dell'udienza predibattimentale è la sentenza di non luogo a procedere ovvero la prosecuzione del giudizio, non soggetta a particolari formalità (art. 554 *ter* comma 3).

L'udienza predibattimentale presenta delle affinità elettive con l'udienza preliminare (e qualche differenza che, come vedremo al paragrafo successivo, li distingue nettamente): il vaglio preliminare rafforzato dell'accusa, nonché la possibilità per il giudice - anche d'ufficio - di controllare la correttezza dell'imputazione. Si tratta in entrambi i casi di controlli di tipo preventivo, finalizzati ad evitare che eventuali difetti dell'accusa vengano rilevati solo a processo inoltrato, magari vanificando tutta l'attività istruttoria svolta fino a quel momento[640].

Un primo controllo riguarda – come nell'udienza preliminare - la "precisione" dell'imputazione: in base all'art. 554 *bis* comma 5 c.p.p., qualora l'accusa non sia enunciata in modo chiaro e preciso, così come richiesto dall'art. 552 comma 1 lett. c) c.p.p., il giudice, anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero a riformularla; ove lo stesso non vi provveda, dichiara con ordinanza la nullità dell'imputazione e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero[641].

Molto simile il *modus operandi* dell'altro controllo preventivo d'ufficio introdotto dall'art. 554 *bis* comma 6 c.p.p., che riguarda invece la "corrispondenza" dell'imputazione agli atti del processo, vaglio evidentemente consequenziale a quello sulla precisione. Come nell'udienza preliminare, l'imputazione potrebbe anche essere formulata in termini estremamente puntuali, ma è possibile che il fatto, la definizione giuridica, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza non siano indicate in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti. In tali casi il giudice può attivarsi invitando il pubblico ministero ad apportare le necessarie modifiche e - qualora tale sollecitazione non abbia l'esito sperato - restituisce gli atti all'organo di accusa[642].

---

[640] M. DANIELE, op. cit. pag. 4.

[641] Si ribadisce, in questo modo, la presenza di una nullità, ma al contempo si cerca di evitare la regressione che, in base alle regole generali (art. 185 comma 3), dovrebbe immediatamente conseguirne. A questo fine, l'espediente utilizzato è la codificazione del rimedio a suo tempo introdotto dalle Sezioni Unite con la sentenza Battistella in rapporto all'udienza preliminare, ma finora non ritenuto estendibile al processo di fronte al tribunale monocratico instaurato con citazione diretta. Resta da chiarire di che tipo di nullità si tratti. In passato la giurisprudenza, a fronte della specifica previsione rinvenibile nell'art. 552 comma 2, l'ha sempre considerata di ordine speciale e, quindi, relativa. Il fatto, però, che l'art. 554 bis comma 5 consenta al giudice di dichiararla d'ufficio, sia pure solo a seguito della mancata attivazione del pubblico ministero, dà nuova linfa alla tesi secondo cui ci troveremmo in presenza di una nullità intermedia di ordine generale ex art. 178 lett. c) c.p.p., come tale rilevabile entro la deliberazione della sentenza di primo grado (art 180 c.p.p.). La formulazione imprecisa dell'imputazione, infatti, impedisce alla difesa di esplicarsi nel modo dovuto, venendo in gioco la violazione di una norma attinente all'assistenza dell'imputato.

[642] Il rimedio è volto a prevenire la necessità di intervenire sull'imputazione nel corso dell'istruzione dibattimentale per l'emersione di un fatto diverso o addirittura nuovo ai sensi degli artt. 516 ss. c.p.p., in modo da prevenire una possibile nullità della sentenza di merito per difetto di contestazione (art. 522). L'intervento *ex officio* sulla definizione giuridica del fatto, dal canto suo, consente di instaurare un contraddittorio

L'art. 554 *bis* c.p.p. - diversamente da quanto prescrive l'art. 421 in rapporto all'udienza preliminare - non prevede una discussione finale, presumibilmente sul presupposto che, accedendo il giudice al fascicolo delle indagini prima dell'udienza (art. 553 c.p.p.), arrivi già preparato. Si può tuttavia ritenere in via interpretativa che non sarebbe vietata un'agile interlocuzione nel contraddittorio sulla necessità o meno di rinviare a giudizio, non comprendendosi altrimenti il senso della partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato (art. 554 bis comma 1). La discussione, oltre ad aiutare il giudice nelle sue valutazioni, potrebbe altresì spingere l'imputato, specie qualora emergessero prove a carico dotate di una certa solidità, ad optare per un rito alternativo, scelta che il comma 2 dell'art. 554 ter c.p.p. colloca, a pena di decadenza, prima della decisione conclusiva dell'udienza[643].

Anche per l'udienza predibattimentale – come per quella preliminare - sono state sollevate perplessità sul fatto che il giudice successivo - ovvero il giudice dell'udienza dibattimentale - appaia condizionato e assuma le vesti di un mero ratificatore di quanto già sostenuto dal collega della predibattimentale. L'obiezione anche in tal caso non persuade: il giudice dell'udienza dibattimentale non conosce il contenuto degli atti di indagine, non sa se e come essi stiano confluendo nella vicenda dibattimentale, e verificherà progressivamente come gli elementi difensivi trasfusi interagiscono con gli elementi a carico intanto acquisiti. In sostanza, anche la più rigorosa prognosi non è in grado di condizionare il giudice, ove svolta prima della fase deputata alla formazione della prova in contraddittorio tra le parti.

L'introduzione del criterio della ragionevole previsione di condanna nell'udienza predibattimentale non è stata seguita da una modifica del regime della motivazione del decreto che dispone il giudizio, così come osservato per l'udienza preliminare. L'art. 554 ter c. 3 c.p.p. si limita infatti a prescrivere che, se non sussistono le condizioni per pronunciare il non luogo a procedere, e in assenza di una richiesta di un rito alternativo al dibattimento, "*il giudice fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale davanti a un giudice diverso e dispone la restituzione del fascicolo al pubblico ministero*". Il che sembra escludere persino l'obbligo di "indicazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti cui

immediato sui profili in iure dell'imputazione. Si offre, così, all'imputato la possibilità di difendersi in merito alla nuova qualifica penale 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.).

[643] In quest'ultima ottica, il legislatore non ha accolto l'indicazione rinvenibile nel progetto della Commissione Lattanzi, secondo cui si sarebbe dovuto attribuire al giudice dell'udienza predibattimentale il potere di "verifica di possibilità di definizione immediata del processo, attraverso un rito alternativo".

esse si riferiscono", previsto dall'art. 429 c. 1 lett. d) c.p.p. in rapporto al decreto di dispone il giudizio emesso a seguito dell'udienza preliminare[644].

Il giudice dovrebbe provvedere a motivare solo qualora, non ritenendo ragionevole prevedere una condanna, opti per la sentenza di non luogo a procedere[645]. In caso di prova incerta o contraddittoria, la sentenza di non luogo a procedere richiede l'indicazione dei motivi per cui non sarebbe ragionevole prevedere una condanna: il che, dovendo redigere una motivazione capace di resistere ad un'eventuale impugnazione da parte del pubblico ministero[646] non esimerebbe dal confutare il valore degli elementi a carico rinvenibili nelle indagini.

Appare evidente come un tale regime rischi di disincentivare l'adozione del non luogo a procedere: se da un lato è difficile comprendere la scelta della motivazione contestuale[647] – il legislatore sembra partire prevenuto, come se il vaglio preliminare dell'accusa nel rito monocratico fosse semplice – dall'altro appare evidente che tale scelta - a proposito della "convenienza" del decreto che dispone il giudizio immotivato - potrebbe agire come un macigno sulla reale efficacia dell'istituto.

Cosa sarà portato a fare il Giudice dell'udienza predibattimentale: scrivere una sentenza di non luogo a procedere con motivazione contestuale o disporre il giudizio con decreto immotivato davanti ad altro giudice?

4.2. Segue. Una diagnosi (prognostica ma) "affievolita".

Abbiamo già osservato[648] come, al di là della stessa lettera della legge – e della "diagnosi prognostica" di cui alla Relazione - l'essenza delle ragionevoli previsioni di condanna nelle tre fasi sia nettamente diversa. Gli articoli di legge con cui il legislatore autorizza l'inazione per difetto di una ragionevole

[644] Del resto, il fatto che sia stata mantenuta la forma della "citazione diretta a giudizio" da parte del pubblico ministero (artt. 550 e 552 c.p.p.) lascia pensare che il rinvio a giudizio, non a caso chiamato "prosecuzione" del giudizio, possa avvenire con un mero provvedimento interlocutorio privo di contenuti specifici.

[645] In tale ultima evenienza, l'art. 554 ter comma 1 c.p.p. rinvia espressamente ai criteri giustificativi da osservare quando questa sentenza viene pronunciata in udienza preliminare (art. 426 c.p.p.). Non inganni, qui, il fatto che l'art. 426 comma 1 lett. d si limiti a richiedere "l'esposizione sommaria dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata", senza postulare "l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie" (prevista dall'art. 546 comma 1 lett. e per le decisioni dibattimentali).

[646] Disciplinata dall'art. 428 c.p.p. per il non luogo a procedere emesso in udienza preliminare, e dal nuovo
art. 554 quater per quello emesso in udienza predibattimentale.

[647] Lo si evince dal fatto che l'art. 424 c.p.p., il quale al comma 4 prevede la possibilità di differire la motivazione del non luogo a procedere pronunciato al termine dell'udienza preliminare fino ad un massimo di trenta giorni, non è richiamato dall'art. 554 ter comma 1. Coerentemente, l'art. 554 *bis* comma 8 c.p.p. prescrive che il verbale dell'udienza predibattimentale debba essere redatto in forma riassuntiva: una modalità che, comunque, ostacolerebbe una motivazione differita.

[648] A. NATALE, op. cit. par. 4

previsione di condanna indicano in modo chiaro quali siano i parametri di riferimento da valutare per formulare la prognosi di condanna: per l'art. 408 c. 1 «*gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari*»; per l'art. 425 c. 3 «*gli elementi acquisiti*» (nel corso delle indagini preliminari e durante l'udienza preliminare, nel corso della quale il compendio probatorio è suscettibile di incrementi); per l'art. 554 *ter* c. 1 «*gli elementi acquisiti*», che, nel corso dell'udienza predibattimentale, non sono tuttavia incrementabili, in assenza della mancata attribuzione di poteri officiosi in tal senso al giudice monocratico del "pre-dibattimento".

In altri termini: la base cognitiva dalla quale muovere è, evidentemente, il materiale acquisito (da inquirenti e difese) durante le indagini preliminari (eventualmente incrementato in udienza preliminare); la ragionevole previsione di condanna deve muovere dalla valutazione di quel materiale e non di altro.

Le profonde similitudini fra l'udienza predibattimentale e l'udienza preliminare non rendono semplice giustificare talune differenze nelle rispettive discipline, evidentemente introdotte dal legislatore per velocizzare la prima[649].

La più rilevante ai nostri fini è quella secondo la quale - a differenza di quanto avviene nell'udienza preliminare e di quanto può espletare il GIP a seguito della richiesta di archiviazione - il vaglio preliminare dell'accusa avviene sulla sola base della documentazione degli atti di indagine, circostanza che dà luogo ad una diagnosi (prognostica) "affievolita", diversa tanto da quella che deve espletare il P.M. (e il G.I.P.) nella fase della richiesta di archiviazione, quanto il GUP nella fase dell'udienza preliminare.

Il giudice dell'udienza predibattimentale decide infatti sulla base degli atti trasmessi dal P.M., come se si trattasse di un abbreviato ordinario senza poteri istruttori integrativi. L'art. 554 *ter* comma 1 c.p.p., nell'individuare le norme applicabili nell'udienza predibattimentale, non richiama infatti gli artt. 421 *bis* e 422, con la conseguenza che non sarebbe possibile per il Giudice disporre alcuna integrazione del materiale conoscitivo.

La finalità di tale norma è – oltre a rispettare le esigenze di celerità - stimolare il pubblico ministero ad esercitare l'azione penale solo in presenza di indagini complete, togliendogli l'alibi del soccorso di ufficio. È chiaro, però, che la necessità di attenersi alla sola documentazione degli atti di indagine in certi casi potrebbe complicare il lavoro del giudice, che a mente dell'art. 554 *ter* c.p.p. dispone sentenza di non luogo a procedere quando non è in grado di svolgere una ragionevole previsione di condanna.

Quanto precede consente già solo per questo di distinguere la reale portata delle ragionevoli previsioni di condanna nella fase dell'udienza predibattimentale rispetto alle fasi precedenti, potendo l'impossibilità

[649] M. DANIELE, op. cit. pag. 6 .

per il Giudice di esercitare poteri di integrazione probatoria, connotare la diagnosi prognostica come "affievolita"[650].

Partendo dai criteri di lettura valorizzati nella stessa Relazione della Commissione Lattanzi possiamo affermare che il momento diagnostico nella fase predibattimentale – come per la richiesta di archiviazione – deve anzitutto muovere da indagini complete[651]. L'intento normativo è quello di rendere più rigoroso il vaglio sui risultati dell'indagine, in modo da arginare le imputazioni inutili o azzardate, quelle per le quali non appaia probabile la condanna[652]. Il supporto investigativo deve allora essere integro e idoneo a condurre, già allo stato degli atti, ad un'affermazione di responsabilità; si applica anche in tal caso la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la cui insostenibilità, nella specifica fase in esame, costituirà espressione del principio *in dubio contra actionem*.

> Diverso è il caso della "non persuasività" del compendio probatorio, in tutte quelle ipotesi in cui gli elementi a carico dell'imputato siano costituiti da dichiarazioni accusatorie di estensione proporzionata alla natura cartolare dell'atto, tendenzialmente sintetica e insufficiente a fondare una condanna all'esito del dibattimento, ma per natura idonea a meglio articolarsi nella fase naturalmente caratterizzata dall'oralità. Il compendio probatorio, in un caso del genere non può definirsi carente - perché le piste investigative sono state tutte integralmente percorse - né contraddittorio, perché gli atti disponibili risultano convergenti verso l'affermazione di responsabilità. Residuerebbe il quesito se questo tipo di base accusatoria sia "insufficiente" o consenta, allo stato degli atti, una previsione di condanna poiché destinato a meglio esplicitarsi nel dibattimento. Potrebbe propendersi per la seconda soluzione: si tratta di un caso

[650] Secondo M. ARCARO, op. cit. p. 15. il giudice dell'udienza predibattimentale potrebbe ragionevolmente prevedere la condanna quando le risultanze siano sì carenti, insufficienti o contraddittorie, ma complessivamente il quadro probatorio sia aperto all'epilogo della colpevolezza mediante un dibattimento che plausibilmente correggerà i difetti delle indagini o farà luce sui punti d'ombra (C. NAIMOLI, op. cit. p. 834). La lettura elastica del criterio e la sua vocazione a incoraggiare il passaggio della controversia al dibattimento, si renderebbero necessarie anche per far fronte alla impossibilità per il giudice dell'udienza predibattimentale – a differenza di quanto accade nell'ambito delle indagini e dell'udienza preliminare – di integrare il compendio probatorio attivando poteri officiosi. F. LOMBARDI, op. cit. pag. 9 osserva però che parlare di quadri aperti all'epilogo della condanna o alle potenzialità chiarificatrici dell'udienza dibattimentale significa di fatto riprendere per la fase predibattimentale il criterio della utilità del vaglio dibattimentale, privando la norma di portata innovativa. L'udienza predibattimentale è essa stessa un tassello della più ampia fase del giudizio, e il sistema ambisce a ritrovare una propria coerenza imponendo al pubblico ministero, eventualmente per il tramite del giudice per le indagini preliminari – nel caso di richiesta di archiviazione non accolta - di portare a giudizio, dunque già all'udienza predibattimentale, un compendio investigativo completo, coerente e convergente verso l'affermazione di responsabilità penale.

[651] F. ALVINO, op. cit. pag. 32, ricorda come nella Relazione si leggeva «*che, alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione*».

[652] Deve allora ritenersi superato definitivamente il canone della sostenibilità dell'accusa in giudizio, interpretata come utilità del dibattimento, per cui il procedimento passa alla fase dibattimentale laddove questa fase sia in grado di completare o meglio specificare le risultanze disponibili

peculiare in cui la natura stessa della fase dibattimentale è in grado, con ogni probabilità, di espandere le potenzialità dimostrative del compendio cartolare, consentendo al medesimo di assumere una forza chiarificatrice più elevata, giustificativa di una condanna in difetto di dirimenti prove a favore.

Riteniamo che una simile previsione di condanna non possa essere svolta dal giudice predibattimentale con riferimento a casi in cui, pur essendo la prova lacunosa o contraddittoria, appaia del tutto naturale e consequenziale, e dunque prevedibile, l'assunzione – ad opera del giudice del dibattimento – di una prova decisiva a carico ex art. 507 c.p.p., e ciò in considerazione del fatto che la ragionevole previsione dell'assunzione di una prova non equivale necessariamente a una ragionevole previsione di condanna.
Si osserva[653] come l'aggettivo "ragionevole" non tenda in tale sede ad istituire un coefficiente di probabilità che qualifichi l'attività predittiva. Il giudice adotta una decisione applicando la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (risvolto "diagnostico"), e tale decisione - laddove ossequiosa del fondamentale criterio - istituisce *ex se* una "ragionevole previsione" (risvolto "prognostico"), tenuto conto del momento prodromico in cui essa è svolta, caratterizzata dalla conoscenza dei soli atti cartolari unilateralmente acquisiti dall'organo inquirente.
La ragionevolezza, insomma, ove si volesse accedere a questo tipo di lettura, costituirebbe un connotato della decisione alla luce della fase in cui essa è svolta. È evidente, in sintesi, che l'ottica prognostica non può tenere in conto le imponderabili vicende dibattimentali. Il giudice della udienza dibattimentale, che non conosce gli atti di indagine, certamente celebrerà il processo consapevole della valutazione positiva svolta dal giudice che lo ha preceduto; tuttavia, sarà anche conscio delle infinite possibilità di sviluppo del processo - affatto compromesse dal rigido vaglio del giudice predibattimentale – che ben potrà presentare epiloghi divergenti dalla convinzione del collega, a seconda della reale trasposizione degli elementi di prova in dibattimento e dell'innesto, nella vicenda processuale, di elementi difensivi.

4.3. Segue. Il momento prognostico.

Come abbiamo ormai sperimentato nel corso della nostra indagine, il criterio delle ragionevoli previsioni di condanna prende le mosse da una diagnosi mirata a determinare il valore degli elementi conoscitivi in quel momento disponibili. Dovendo, però, stabilire se sia necessario o no svolgere il giudizio, è fisiologico che alla diagnosi segua una prognosi, volta a prevedere se, in un eventuale dibattimento, i risultati conoscitivi ottenuti rimarrebbero tali o fossero destinati a mutare. Il momento prognostico della fase in esame non presenta particolari differenze rispetto alla medesima *regola juris* prevista per

[653] F. LOMBARDI, op. cit. pag. 10.

l'archiviazione e per l'udienza preliminare, la quale implica sempre un giudizio prognostico di tipo negativo sulla sostenibilità dell'accusa[654].

Invero, anche nella fase predibattimentale il criterio della ragionevole previsione di condanna incrementa lo sforzo valutativo e trova il proprio terreno elettivo – nel senso di negare il passaggio al dibattimento – nei casi di incompletezza, insufficienza o contraddittorietà delle prove, nonché nel caso di ragionevole dubbio, da intendersi – per opinione consolidata – quale area inferenziale più ampia delle prime tre citate, annoverando, oltre ad esse, il caso della plausibile lettura alternativa del medesimo compendio istruttorio, propugnata dall'imputato o dalla sua difesa.

Il legislatore della Cartabia era consapevole di tale dimensione prognostica dal momento che ha introdotto la necessità di una "previsione" di condanna, circostanza che ammanta il vaglio preliminare dell'accusa di un insopprimibile margine di discrezionalità: un fattore che potrebbe continuare a favorire i rinvii a giudizio anche in futuro[655]. Sfruttando l'elasticità della prognosi, infatti, pure a fronte di indagini preliminari dall'esito incerto, il giudice potrebbe continuare a ipotizzare un consolidamento in chiave accusatoria del quadro probatorio: grazie alla ricchezza informativa propria del contraddittorio dibattimentale, ci sarebbe sempre la possibilità di supporre che le componenti a discarico del materiale raccolto cedano a favore di quelle a carico[656].

Abbiamo parlato di diagnosi prognostica "affievolita", ma non abbiamo ancora chiarito cosa rientra nel fuoco della formula nella fase predibattimentale.

Pochi dubbi sulla possibilità che la valutazione debba avere riguardo agli aspetti afferenti la responsabilità dell'imputato, che abbiamo già distinto - nella archiviazione e nella udienza preliminare - in ragioni sostanziali (mancanza del fatto tipico) e ragioni processuali (inutilizzabilità atti processuali).

---

[654] In altri termini, la scelta espressiva compiuta dal legislatore sottolinea che la trasmissione degli atti al giudice del dibattimento (come specularmente l'emissione del decreto che dispone il giudizio ex art. 429 c.p.p.) non si radichi più sulla semplice meritevolezza della verifica dell'ipotesi accusatoria nel contraddittorio tra le parti, bensì su una necessità di attivare il processo in senso stretto solo nei casi in cui il suo esito appaia ragionevolmente orientato verso una conferma di quella ipotesi d'accusa. Dunque, viene valorizzata ulteriormente la tutela di quello che illustre dottrina processualistica definiva "diritto al non processo".

[655]Cfr. A. CABIALE-S. QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in giustiziainsieme.it., 9 gennaio 2023.

[656] Si tenga anche conto del fatto che i risultati delle indagini potrebbero essere ingannevoli. Al momento del vaglio preliminare dell'accusa, cioè, potrebbe sì emergere una prova solida della colpevolezza, ma tale poi da sgretolarsi con il contraddittorio dibattimentale. Sottoposto al fuoco dell'esame incrociato, un dichiarante potrebbe rivelare contraddizioni non emerse quando era stato ascoltato dagli organi inquirenti. Oppure, un accertamento tecnico disposto dal pubblico ministero potrebbe essere confutato dalla perizia disposta dal giudice. Evenienze del genere, naturalmente, non sono nulla di patologico, ma costituiscono un'implicazione della separazione fra le fasi tipica del modello accusatorio. È chiaro, però, che il deficit cognitivo che affligge il giudice chiamato al vaglio preliminare dell'accusa, in situazioni del genere, favorirebbe il transito ad un dibattimento destinato a concludersi con un proscioglimento, con il pericolo di pregiudicare gli obiettivi efficientistici perseguiti dalla riforma.

Non pare però vi siano difficoltà a ritenere che anche nella udienza predibattimentale la portata semantica delle ragionevoli previsioni di condanna abbia ad oggetto, più in generale, la concreta attuazione della pretesa (prescrizione, condizioni di salute del reo, *abolitio criminis*, particolare tenuità del fatto, sopraggiunta improcedibilità).

> Proviamo a capire sempre mediante un caso tratto dalla cronaca giudiziaria.
> Tizio, a seguito di citazione diretta a giudizio emessa dalla Procura di Milano, è imputato in ordine al reato p. e p. dall'art. 10 ter D. Lgs. 74/2000 perchè in qualità di legale rappresentante dal 13.7.2015 della società Alfa S.r.l. non versava l'IVA dovuta in base alla dichiarazione annuale per il periodo d'imposta 2019, entro il termine previsto per il pagamento dell'acconto del periodo d'imposta successivo, per un importo complessivo di Euro 277.878,00 (e dunque per un ammontare superiore a Euro 250.000 soglia di punibilità). Fatti commessi in Milano in data 28.12.2020.
> La difesa prospettava al giudice dell'udienza predibattimentale la possibilità che il delta di 27.787,80 superiore alla soglia di punibilità derivasse da interessi e sanzioni, circostanza che avrebbe potuto consentire al Giudice di ritenere non punibile il fatto, o in subordine la particolare tenuità dello stesso. Ciò in quanto, secondo un consolidato orientamento di legittimità[657], «*ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera f), del decreto legislativo n. 74 del 2000 per valutare il superamento della soglia di punibilità di euro 250.000, per il reato di cui all'articolo 10-ter dello, stesso decreto legislativo, deve tenersi conto solo ed esclusivamente dell'Iva evasa e non anche degli interessi dovuti per il versamento trimestrale*» (nella specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna con la formula "perché il fatto non sussiste", sul rilievo che la somma dovuta per l'Iva era pari a euro 248.325 - sotto soglia, quindi non potendosi conteggiare per il superamento della soglia - come invece erroneamente operato in sentenza - l'ulteriore somma di euro 2.483, relativa agli interessi).
> Il problema è che il Giudice dell'udienza predibattimentale non dispone di poteri probatori, a differenza del GIP e del GUP, e quindi non può accertare se quella differenza derivi da interessi e sanzioni, tanto che abbiamo sopra parlato di diagnosi prognostica "affievolita".
> Il destino dell'imputato sarà quindi in mano al difensore, che potrà instillare il dubbio sulla punibilità del fatto mediante una consulenza tecnica di parte ai sensi degli articoli 327 bis, 391 bis e ss. c.p.p., al netto dei problemi sulla tempestività della stessa (deve essere depositata prima della udienza predibattimentale o in corso?).
> Dal canto suo, il giudice potrebbe ritenere non ragionevole disporre il rinvio a giudizio per un fatto che probabilmente non raggiunge la soglia di punibilità penale, e ritenere conforme ai canoni di efficienza il non luogo a procedere.

È stato osservato che[658] se si vuole cercare di rendere efficace il nuovo istituto difficilmente si potrà evitare di applicarlo sulla base di stilemi di tipo inquisitorio[659]. Quella seguita dalla riforma, del resto,

[657] Cassazione penale sez. III 28/03/2018, n. 46953, in banca dati De Jure.

[658] M. DANIELE, op. cit. pag. 10 .

[659] Tale aggettivo, qui, non vuole ovviamente richiamare le pratiche anti-garantistiche e storicamente superate del processo medievale. Allude, piuttosto, ad un approccio tuttora praticato in sistemi diversi dal nostro, che non considera il contraddittorio nella formazione della prova come un

non era una strada obbligata. Per rivitalizzare il nostro traballante processo accusatorio, si sarebbero potuti sperimentare anche interventi di altro tipo[660]. Ma il legislatore non li ha ritenuti praticabili e bisogna, allo stato, prenderne atto, avendo però consapevolezza delle contaminazioni che ne discendono dal punto di vista del modello di riferimento del nostro sistema.

Volendo davvero restringere le maglie del vaglio preliminare dell'accusa, sarà difficile esimersi dall'adottare una forzatura linguistica del nuovo criterio decisorio, valorizzandone la componente diagnostica a scapito di quella prognostica. Così inteso, il vaglio preliminare dovrebbe per lo più consistere in una ricostruzione dei fatti allo stato degli atti, dando meno importanza ai possibili sviluppi dibattimentali delle acquisizioni ottenute. Il giudice, cioè, dopo aver attentamente esaminato il fascicolo delle indagini, dovrebbe applicare schemi decisori analoghi a quelli del giudizio dibattimentale, utilizzando i criteri previsti dagli artt. 533 comma 1 e 530 comma 2 c.p.p.[661].

Ciò non significa, naturalmente, che la componente prognostica del vaglio preliminare debba sparire completamente[662]. Essa manterrebbe la sua importanza ad esempio, qualora apparisse probabile che un eventuale giudizio si concluderebbe con una declaratoria della prescrizione, magari anche solo per ragioni logistiche od organizzative[663].

---

metodo indispensabile per il miglior accertamento dei fatti, e ammette l'eventualità che il giudice assuma un ruolo pro-attivo, coadiuvando il pubblico ministero nella formulazione dell'accusa.

[660] In particolare, intervenire sui profili organizzativi, potenziando l'organico e le dotazioni della magistratura; praticare una mirata politica di depenalizzazione, al fine di tentare di diminuire il carico di lavoro degli uffici giudiziari a tutti i livelli (pur trattandosi di una scelta suscettibile di pregiudicare il consenso elettorale); fluidificare il più possibile la fase delle indagini, magari tramite l'uso generalizzato delle videoconferenze; ridurre al minimo indispensabile i controlli sulla gestione dei tempi delle investigazioni da parte del pubblico ministero, che spesso rischiano di sortire effetti opposti rispetto a quelli voluti; prendere atto dell'enorme difficoltà di rendere funzionale il vaglio preliminare dell'accusa, e arrivare ad abolirlo (o perlomeno a svolgerlo solo su richiesta dell'interessato) O. MAZZA, op. cit. pag. 5 ss.

[661] Che si tratti di una forzatura, deriva dalla circostanza che, se ci si attenesse in modo rigoroso alla *littera legis*, si dovrebbe concludere che le nuove norme non hanno realmente cambiato la regola di giudizio rispetto al passato. Il criterio della ragionevole previsione di condanna è, infatti, previsto in negativo, rispetto all'archiviazione e al non luogo a procedere. Ciò significa che, ai fini di una pronuncia liberatoria, si dovrebbe raggiungere la certezza che la condanna non sia prevedibile in dibattimento; in caso di dubbio si dovrebbe, invece, rinviare a giudizio: F. ALVINO, op. cit. p. 31 ss.; G.L. GATTA (1), op. cit. p. 9; F. LOMBARDI, op. cit. p. 8 ss.; C. SANTORIELLO, op. cit. f. 2, p. 10 ss.; in rapporto all'archiviazione, la Circolare 9119/2022 della Procura di Bologna, in Sistema Penale, 27 ottobre 2022, p. 3 ss.

[662] Il rinvio a giudizio, in questo modo, presupporrebbe una prova piena della colpevolezza, sia pure *rebus sic stantibus*. In caso di prova insufficiente o dubbia, come anticipato non si potrebbe più contare sulla capacità del dibattimento di perfezionare l'accertamento, ma si dovrebbe pronunciare il non luogo a procedere. Un tale mutamento di approccio richiederebbe di iniziare a considerare il contraddittorio dibattimentale in chiave non costruttiva, bensì distruttiva, partendo dal presupposto per cui, a fronte di una prova di colpevolezza incompleta allo stato degli atti di indagine, l'impiego del metodo dialettico potrebbe perfino incrementare le incertezze, diminuendo ancora di più il peso conoscitivo degli elementi a carico.
Il rinvio a giudizio, in casi del genere, sarebbe un esito del tutto improduttivo: si aprirebbe un dibattimento pur nella consapevolezza che non si potrebbe giungere ad una condanna, sottraendo tempo e risorse alla gestione di altri processi. È pur vero che in questo modo si creerebbero disparità di trattamento, considerato che la decisione se prosciogliere o rinviare a giudizio dipenderebbe non dal compendio probatorio a disposizione, bensì da problemi gestionali diversi da luogo a luogo. Ma tali sperequazioni sono insite, a monte, nelle diverse dotazioni e risorse assegnate a ciascun

Quanto precede consente di chiedersi se un processo di matrice accusatoria come il nostro possa tollerare logiche di genere inquisitorio, e la risposta può essere affermativa[664] se si considera che esse riguardano il vaglio preliminare dell'accusa e, come tali, non possono e non devono condizionare lo svolgimento dei dibattimenti e le decisioni di merito. È chiaro però che il sistema è ormai vicino al punto di rottura dal punto di vista della tenuta dei principi che dovrebbero ispirarlo. E qualora neppure le nuove norme riuscissero nel loro disegno razionalizzatore e fossero necessari ulteriori interventi legislativi, a quel punto diventerà inevitabile una presa di posizione di fondo: il nostro processo dovrà restare fedele al modello accusatorio? Oppure non si potrà evitare di trasformarlo in un processo inquisitorio, sia pure nella versione modernizzata e garantita operante in sistemi diversi da quello italiano, e in varie occasioni dichiarata pienamente compatibile con la CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo? Ciascuno dei due modelli processuali funziona secondo proprie leggi e logiche. Per evitare di generare ibridazioni destinate a prendere il peggio di entrambi, non ci si potrebbe permettere di ignorarle.

ufficio, e rimarrebbero tali a prescindere dal momento in cui la prescrizione venisse dichiarata. Al di là di queste peculiari situazioni, un'interpretazione funzionale del criterio della ragionevole previsione di condanna non potrebbe che ruotare intorno ad una considerazione statica dei risultati conoscitivi offerti dagli atti di indagine: da elementi, cioè, raccolti senza il contraddittorio, tali da rappresentare una ricostruzione unilaterale non sottoposta a nessun tentativo di confutazione; magari, quindi, apparentemente senza punti deboli, e suscettibili di fuorviare l'accertamento.

[664] M. DANIELE, op. cit. pag. 10

SEZIONE III

POSSIBILI SCENARI

1. La "probabilità" logica come strumento di verifica razionale delle decisioni.

Completata la disamina della formula *ragionevoli previsioni di condanna* attraverso le tre fasi oggetto di modifica da parte del D. Lgs. 150/2022 (archiviazione, udienza preliminare, predibattimentale), possiamo cominciare a trarre le prime conclusioni, per poi proporre due possibili soluzioni, complementari rispetto al dilemma.

> È bene rilevare come, a distanza di oltre 12 mesi dalla entrata in vigore della riforma, si avverta come urgente la necessità di una individuazione della regola applicabile, se è vero che, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, il Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione Margherita CASSANO[665] osservava come «*è stato...avviato un ricco e stimolante percorso culturale che necessita però, di tempi fisiologici di studio e approfondimento, affinchè le decisioni adottate possano avere uno sviluppo sistematico e fornire messaggi coerenti e comprensibili in grado di orientare l'accesso alla giustizia, le scelte dei cittadini e dei loro difensori. La rapida successione di leggi, soprattutto se ispirate da logiche settoriali, determina i presupposti di possibili incoerenze del sistema complessivo e pesanti ricadute sul funzionamento della giustizia, attesa la stretta interdipendenza esistente tra regole sostanziali e processuali e modelli organizzativi proiettati a garantire la corretta e utile celebrazione di processi nell'osservanza dei diritti fondamentali. Provoca anche incertezze interpretative nella individuazione della regola applicabile. La centralità del momento interpretativo trova, per la Corte di cassazione, uno specifico riconoscimento nell'art. 65 del R.D. n. 12 del 1941 che le affida il compito di garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale, delineando un intreccio indissolubile tra questi compiti, il principio di uguaglianza di tutti i cittadini dinnanzi alla legge – che per essere tale deve comprendere le interpretazioni date alla legge – la tutela dei diritti e delle libertà. L'attività d'interpretazione è oggi resa più complessa dal sottile confine dogmatico e valoriale sotteso alla distinzione tra diritti, mere aspettative, desideri individuali, dalla molteplicità delle fonti nazionali e sovranazionali, dalla necessità di assicurare l'adeguatezza e la congruenza del sistema processuale interno rispetto ai livelli di garanzia richiesti dal diritto eurounitario...*».

Tendenzialmente il P.M., il GIP, il GUP ed il Giudice della predibattimentale, adottano una decisione applicando la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (nel momento "diagnostico"), e tale decisione - laddove ossequiosa del fondamentale criterio - istituisce ex se una "ragionevole previsione" (momento "prognostico"), tenuto conto del momento procedimentale in cui essa è svolta.

[665] M. CASSANO, op. cit. pag. 13.

La formula ragionevoli previsioni di condanna non si atteggia allo stesso modo nelle fasi procedimentali. Nella fase della richiesta di archiviazione le *ragionevoli previsioni di condanna* costituiscono una regola di comportamento/valutazione per il P.M., che consta di due scansioni: il momento *diagnostico*, caratterizzato dalla valutazione delle evidenze raccolte a seguito di "indagini complete", nel quale non rileva il grado di ragionevolezza né la quantità di probabilità, in quanto è nella piena disponibilità del magistrato inquirente svolgere indagini suppletive tese a colmare lacune probatorie; il momento *prognostico*, che si traduce in una sorta di empirismo prognostico, il quale a sua volta consta delle seguenti attività: l' osservazione critica degli elementi dubitativi o contraddittori, anche se estrinseci al fatto (vicende della punibilità come la prescrizione); la verifica se la contrapposizione è in grado di minare una condanna oltre ogni ragionevole dubbio; la "pesatura" delle contraddizioni da parte del P.M., valutando se la condanna è ragionevole ovvero non irrealistica già nella fase delle indagini preliminari (l'esempio più semplice è una imminente prescrizione).

Nella fase dell'udienza preliminare le *ragionevoli previsioni di condanna* rappresentano invece una regola di giudizio, anche questa volta caratterizzata da una doppia essenza, potendo il Giudice «ragionevolmente» prevedere uno sviluppo del giudizio dibattimentale favorevole all'accusa solo quando è in grado di elaborare — sulla scorta delle conoscenze processuali desumibili dagli atti — un «concreto programma istruttorio» capace di condurre all'integrazione della prova necessaria ai fini della condanna dell'imputato. L'attività consta anche in tal caso di un momento *diagnostico*: consistente nell'analisi valutativa dello stato di idoneità degli atti investigativi nella loro sintomaticità dimostrativa; e di un momento "più intensamente" *prognostico*: che si traduce nella previsione ragionevole sull'evoluzione potenziale degli stessi ai fini della condanna ovvero nella possibilità di formulare un'ipotesi alternativa, prospettabile in astratto, probatoriamente concreta, logicamente plausibile.

Nella fase dell'udienza predibattimentale le *ragionevoli previsioni di condanna* rappresentano una regola di giudizio per il vaglio preliminare sull'accusa, per lo più consistente in una ricostruzione dei fatti allo stato degli atti (momento *diagnostico*), dando meno importanza ai possibili sviluppi dibattimentali delle acquisizioni ottenute (momento *prognostico* "affievolito"). Il giudice, cioè, dopo aver attentamente esaminato il fascicolo delle indagini, deve applicare schemi decisori analoghi a quelli del giudizio dibattimentale, utilizzando i criteri previsti dagli artt. 533 c. 1 e 530 c. 2 c.p.p.

Abbiamo poi più volte rassegnato che la valutazione in materia di ragionevoli previsioni di condanna ha ad oggetto, in tutte le fasi sopra disaminate: da un lato, la "responsabilità dell'imputato", rilevando in tal caso: ragioni sostanziali - quali la mancanza di elementi del fatto tipico - ragioni processuali - quali l'inutilizzabilità di atti processuali -; dall'altro, la "concreta attuazione della pretesa" - considerando ad

es.: la prescrizione; le condizioni di salute del reo; successione di leggi nel tempo o *abolitio criminis*; particolare tenuità del fatto, sopraggiunta improcedibilità -.

Al di là della identità terminologica (negli articoli: 408, 425 c. 3 e 554 ter c.p.p.), la portata applicativa della formula introdotta dalla riforma Cartabia e oggetto del presente capitolo non è la stessa, differendo quanto a contenuto e ad intensità delle componenti diagnostica e prognostica, circostanza che legittima ancora una volta la ricerca di un criterio ermeneutico accettabile, processualmente fruibile, che possa quanto meno isolare i casi in cui la previsione di condanna è sicuramente *irragionevole*.

Prima però serve un ulteriore passo in avanti, anzi indietro, perchè dobbiamo riprendere a maneggiare gli elementi strutturali della formula, che abbiamo presentato in modalità "statica" al paragrafo 1 della sezione II del presente capitolo, allorquando avevamo proposto un contenuto minimo di *ragionevolezza*, *previsione,* e *condanna*.

Anche in tal caso conviene seguire un "programma di azione" ben preciso.

Il punto di partenza del nostro ragionamento è sempre lo stesso: posto che la formula "ragionevoli previsione di condanna" non coincide con *il più probabile che non* (la c.d. probabilità cruciale) né ovviamente con l'*oltre ogni ragionevole dubbio*, il principio di «efficienza» non si può spingere a legittimare una tendenza alla standardizzazione valutativa, e cioè all'insensibilità rispetto alle circostanze del caso concreto, ben potendo risultare «ragionevole» prevedere che – ad esempio in materia di prescrizione[666] – i tempi di un dato procedimento si collocheranno al di qua o al di là del relativo valore medio di durata.

In pratica, l'efficienza non può sempre prevalere sulla ragionevolezza.

Un ausilio alla soluzione del nostro problema potrebbe derivare dal criterio della *probabilità* logica, che, come abbiamo anticipato, ripudia da un lato l'aggancio a fattori numerici (come affermato dalla sentenza Franzese, di cui tratteremo a breve), dall'altro a concetti evanescenti, perché in tal caso la ragionevolezza prevarrebbe sull'efficienza, rilasciando un sistema giustizia inefficace, come tale inaccettabile.

In uno scritto avente ad oggetto il corretto utilizzo di termini scientifici in ambito giuridico, un giudice e un fisico-filosofo[667] hanno osservato come il termine *probabilità* sia frequentemente utilizzato dalla Suprema Corte in varie declinazioni - *ragionevole probabilità*, *elevata probabilità*, *alta probabilità* – per argomentare il grado di persuasività dell'accertamento in ordine ad uno degli elementi della fattispecie.

[666] A tal proposito F.M. DAMOSSO, op. cit. pag. 5, osserva come il meccanismo della ragionevole previsione di condanna non possa, da un lato, essere costruito su criteri evanescenti come "i tempi ragionevoli del procedimento", dall'altro su criteri rigidi come un dato numerico fisso, la durata media del giudizio di primo grado, proponendo che la "seria probabilità" di prescrizione debba essere valutata in concreto, mai in astratto.

[667] Cfr. G. BONIOLO -G. GENNARI, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sistema Penale*, 10/2021, pagg. 85 e ss.

Ai nostri fini invece la probabilità è uno strumento di cui può avvalersi il giudice per emettere decisioni controllabili e verificabili razionalmente, nel caso specifico provvedimenti che ritengono sussistenti o meno le ragionevoli previsioni di condanna.

> Secondo Miriam DAMASKA[668] la formula costituzionale della colpevolezza "al di la di ogni ragionevole dubbio" non implica che si deve essere certi prima di condannare, ma esattamente il contrario: poiché il dubbio è insito nell'amministrazione della giustizia, deve esserci un dubbio ragionevole per impedire la condanna. Forse è per questa ragione che *probabilità* è uno dei termini più ricorrenti nei massimari di giurisprudenza: *ragionevole*[669]; *qualificata probabilità di colpevolezza*[670]; *alta*[671]; *significativa*[672], *elevata*[673]. In altre decisioni si parla invece di "coefficiente di probabilità statistica"[674] che può essere: *medio, basso* o *alto*. Non vi è dubbio che una quota di questa variabilità vada attribuita al segmento del procedimento o della fattispecie in cui si ritiene rilevante la probabilità[675], come abbiamo visto nel distinguere la diagnosi prognostica dell'udienza preliminare rispetto alla diagnosi prognostica "affievolita" dell'udienza predibattimentale.

Tuttavia – si osserva[676] - è quantomeno curioso che lo stesso concetto venga declinato in molteplici accezioni, pur avendo un ben definito significato tecnico. Vi sono sentenze che rappresentano vere e proprie pietre miliari nella giurisprudenza, in cui la probabilità viene elaborata in modo assai più articolato e specificamente con riferimento all'accertamento del nesso di causalità e alla nozione di legge scientifica, tema che può essere d'aiuto anche nella nostra ricerca.

La prima è sicuramente la nota "Franzese"[677] delle Sezioni Unite, ancora oggi considerata un punto di riferimento in tema di nesso di causalità[678], nella quale il concetto di *probabilità* è stato introdotto per distinguere - secondo una partizione che in ambito giuridico risale a Federico STELLA[679] e che ancora oggi è sistematicamente utilizzato dalla giurisprudenza - tra leggi scientifiche universali e leggi

---

668 M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2002, pag. 57.

669 Cass. Sez. IV, 53541/2017, Riv. 271846-01, in banca dati De Jure.

670 Cass. Sez. IV 17527/2019, Riv. 275699- 02, in banca dati De Jure.

671 Cass., sez. IV, 24372/2019 Riv. 276292-03, in banca dati De Jure.

672 Cass., sez. IV, 26080/2020 Riv. 279914-01, in banca dati De Jure.

673 Cass., sez. IV, 26115/2020 Riv. 279610-01, in banca dati De Jure.

674 Cass., sez. IV, 37767/2019 Riv. 277478-01, in banca dati De Jure.

675 La probabilità viene utilizzata per fondare la misura cautelare, per verificare gli indizi, per accertare il nesso di causalità, per giustificare la condanna ecc. In ciascuno di questi frangenti, il giudizio ritenuto probabilistico risponde a esigenze giuridiche diverse e a esse si adegua.

676 G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 86.

677 Cass. SU, 30328/2002 Riv. 222138-01, in banca dati De Jure.

678 Cfr. G. CANZIO (3), *A vent'anni dalla sentenza "franzese*", in Sistema Penale, 12.9.2022.

679 F. STELLA, op. cit. p. 211 ss.

scientifiche statistiche[680]. Questa probabilità (logica) diviene, successivamente, il criterio di giudizio per consentire al giudice di utilizzare un dato quantitativo – quello scientifico – in un giudizio qualitativo – quello giuridico[681]. Si osserva in proposito che, se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il diritto – ove il *relatum* è costituito da un comportamento umano – appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'*explanandum* e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi. La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la "probabilità statistica" attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la "probabilità logica", seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale.

La seconda sentenza utile allo scopo è la "Cozzini"[682] – resa in materia di inquinamento da amianto – nella quale la Suprema Corte ricostruisce il sistema filosofico ritenuto di riferimento, soffermandosi più volte sulla tematica della *probabilità*[683]. Il problema di fondo, con il quale si deve misurare il giudice, è sempre il medesimo: accertare la responsabilità di un soggetto per un certo evento concreto, partendo da dati epidemiologici o leggi definite statistiche. Pure la sentenza Cozzini distingue tra probabilità *statistica* e probabilità *logica*. La sentenza arretra le proprie argomentazioni al contesto, più generale, della

[680] Nella parte motiva, il massimo consesso dell'organo della nomofilachia affermava che il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

[681] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 87

[682] Cass. Sez. IV, 43786/2010 Riv. 248944-10, in banca dati De Jure.

[683] Nella parte motiva si afferma che "*è corretto affermare, sul piano della causalità generale, che un evento è causa di un altro solo se all'apparire del primo segue con un'alta probabilità l'apparire del secondo e non vi è un terzo elemento che annulla il significato causale della relazione probabilistica*". Dunque, la cosiddetta "alta probabilità" (evidentemente statistica) rappresenta la misura della persuasività di una teoria scientifica che si pretende esplicativa di un determinato fenomeno. Mentre la probabilità logica, che viene anch'essa accreditata come "nata nell'ambito della filosofia della scienza", dovrebbe unire le varie teorie concorrenti in un giudizio finale di elevata plausibilità di una determinata spiegazione dell'evento. Di questa nozione si evidenzia, peraltro, la connotazione valutativa, rispetto alla "numerica" probabilità statistica con la conseguente preoccupazione (ma alla quale non viene data soluzione), del tutto legittima, di evitare che argomenti meramente formali vengano utilizzati per sostenere il raggiungimento di un sufficiente grado di "probabilità logica" nell'ambito del giudizio di responsabilità.

definizione di causalità scientifica per farsi certa che gli argomenti utilizzati per giungere alla conclusione della sussistenza di una "probabilità logica" siano sostenuti da evidenze sufficientemente consolidate.
Quindi, ripetuta l'avvertenza di sorvegliare e dare conto di tutti i passaggi, il ragionamento probatorio si articolerebbe in due fasi. Il primo passaggio sorretto dal sapere generalizzante probabilistico (in senso statistico) che dà conto dell'aspetto della causalità generale e un secondo passaggio, un momento valutativo, "vago", articolato alla luce della base induttiva, cioè delle peculiarità del caso concreto, che si esprimerà in termini di probabilità logica: espressione che designa - anche questo deve essere ripetuto - non un dato numerico ma un apprezzamento conclusivo, un giudizio dotato di particolare affidabilità, di speciale credibilità razionale.
Entrambe le sentenze citate utilizzano il concetto di *probabilità* per spiegare la struttura del ragionamento giuridico, coniugandolo all'esigenza costituzionale della certezza della responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio: si pone *al di là di ogni ragionevole dubbio* la sentenza di condanna che sia giustificata in termini di probabilità logica della responsabilità.
Si spiega così perchè - come è noto - da quasi due decenni la "probabilità logica" è divenuta il comune criterio di giudizio nell'accertamento del nesso causale tra condotta (omissiva o commissiva) ed evento nei giudizi di responsabilità medica[684] e, più in generale, nell'accertamento della responsabilità penale[685].
Ma – ci chiediamo – quanto correttamente vengono usati i termini *probabilità*, *legge scientifica* e *causalità* negli affari penali?

1.1. Segue. A proposito di *legge scientifica* e *causalità*.

Richiamando il c.d. requisito di Maxwell – secondo il quale nelle leggi di natura non devono comparire valori delle, o limitazioni nelle, coordinate spaziotemporali – Giovanni BONOLO e Giuseppe GENNARI[686] ricordano come le leggi scientifiche dovrebbero valere per ogni spazio e per ogni tempo, ovvero essere universali, ma così in realtà non è, dovendosi più correttamente parlare di *universalità contestualizzata* a certi spazi, a certi tempi, o limitata da altre condizioni. Come si può allora risolvere il problema di

[684] si veda, Cass. Sez. IV 24372/2019, Riv. 276292-03, in banca dati De Jure.

[685] A mero titolo esemplificativo si veda Cass. Sez. IV, 5800/2021 Riv. 280924- 10, in Banca dati De Jure: "sussiste il nesso di causalità tra l'omessa diagnosi di una malattia tumorale e l'evento morte, laddove dal giudizio controfattuale risulti l'alta probabilità logica che la diagnosi tempestiva avrebbe consentito il ricorso a terapie idonee a determinare un significativo prolungamento della vita"; oppure Cass., sez. IV, 10157/2020 Riv. 278673-01, in banca dati De Jure: "l'accertamento del nesso causale, ed in particolare il giudizio controfattuale necessario per stabilire l'effetto salvifico delle cure omesse, deve essere effettuato secondo un giudizio di alta probabilità logica".

[686] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 90.

Schlick[687] ovvero differenziare un *enunciato universale nomologico* (una legge scientifica) da un *enunciato universale accidentale* (come "tutte le monete nella mia tasca sono da un euro")? La soluzione del quesito non è stata ancora risolta, nonostante in molti abbiano tentato di farlo seguendo strategie filosofiche del tutto diverse e utilizzando strumenti logici ed epistemologici fra i più disparati. Supponendo si sia risolto il problema di differenziare una regolarità accidentale da una regolarità nomologica (ossia da una legge scientifica), la correlazione fra l'antecedente (X) e il conseguente (Y) può essere di varia natura: antecedente e conseguente possono essere legati da una relazione di causalità *deterministica*, di causalità *probabilistica*, *funzionale*, *strutturale.*

Soffermiamoci ora sulle prime due forme di causalità, cercando di capirne i significati, distinguendo anzitutto tra causalità *deterministica*[688] – che appartiene al modello logico/epistemologico[689] - e causalità *probabilistica* – che appartiene al modello normativo/giuridico -.

Per *sistema deterministico*[690] intendiamo quel sistema che, una volta fissate esattamente le condizioni che specificano un suo stato al tempo T, ogni altro suo stato successivo è univocamente fissato dalle leggi che regolano la sua evoluzione e dalle sue condizioni a T. Questo significa che uno stato del sistema è fissabile in modo preciso se esso appartiene all'evoluzione di un sistema deterministico.

[687] Nella nota n. 8, G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 91 rilevano come il *problema di Schlick* fu affrontato in una miriade di modi diversi, proprio a partire dalla soluzione proposta dal filosofo tedesco e da coloro che lo hanno seguito all'interno di quella che viene chiamata *standard view* (o *received view*). Questi si muovono in una tradizione humeana che rifiuta una qualche struttura causale del mondo. Chi accetta quest'approccio si impegna in un programma teso a trovare le differenze fra regolarità nomologiche e regolarità accidentali e lo fa abbracciando un approccio ora logico-classico (per esempio, H. Reichenbach, E. Nagel, A. Pap), ora modale (per esempio, A. Burks), ora pragmatico (per esempio, N. Goodman), ora strutturale (per esempio, B. van Fraassen). Chi non lo accetta – gli anti-humeani, siano essi *realisti intensionali* (per esempio, D. Lewis), *necessitaristi* (per esempio, W. Sellars, R. Pargetter, S. McCall, P, Vallentyne), o *realisti sugli universali* (per esempio, W. Kneale, D. Armstrong, F. Dretske, M. Tooley), abbraccia invece un programma di ricerca volto a mostrare che le leggi debbono raffigurare in modo necessario una nomologicità ontologica. Ed è questa dualità – regolaristi humeani, realisti anti-humeani – che caratterizza fino ai giorni nostri il dibattito principale sulle leggi di natura. In maniera eccentrica rispetto a esso, si muovono, invece, coloro che si sentono più a casa in una tradizione kantiana.

[688] Supponiamo di voler calcolare dove cadrà un proiettile sparato da un cannone. Grazie alle leggi della meccanica classica e conoscendo la velocità v con cui il proiettile esce dalla canna, l'angolo con cui è sparato e la densità dell'aria, siamo in grado di predire esattamente dove sarà il luogo l di impatto. una volta determinate con precisione le condizioni iniziali del sistema, vi è un'unica evoluzione temporale e questa ha probabilità di realizzarsi pari a 1, cioè si realizzerà con certezza. Siamo in una situazione di *causalità deterministica*: data quella causa, la detonazione della polvere da sparo dentro il cannone, si ha quell'effetto, l'espulsione del proiettile dalla canna e poi la sua caduta in quel determinato luogo.

[689] O. DI GIOVINE, *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale* (a cura di De Cataldo Neuburger), Cedam Padova, 2007, 161.

[690] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 92.

Ogni qual volta si è in presenza di un sistema deterministico si è in presenza di una *causalità deterministica*: date certe cause, invariabilmente ci saranno dati effetti. Questo significa che il determinismo implica la causalità, ma non è affatto vero che la causalità implichi il determinismo[691].
La *causalità probabilistica* può essere invece così rappresentata[692]: *C è causa di E se e solo se P(E/C)>P(E)* dove P(E) è la probabilità che si verifichi E ed P(E/C) è la probabilità che si verifichi E a condizione che si verifichi C; per cui C è causa di E se la probabilità di E dato C è maggiore della probabilità di E. Appare chiaro che qui l'idea è che la causa non è ciò che invariabilmente produce l'effetto, ma è ciò che aumenta la probabilità di avere quell'effetto, l'atteggiamento nel quale deve collocarsi idealmente il giudice per consentire la verifica razionale della sua decisione in ordine alla sussistenza delle previsioni di condanna, che diventano ragionevoli attraverso l'introduzione del criterio di probabilità.

1.2. Segue. La probabilità. Cenni.

Come abbiamo anticipato, non tutte le probabilità sono uguali[693].
Con il termine *esperimento* aleatorio, o *prova*, indichiamo in tale sede una qualunque operazione (il lancio di un dado, l'estrazione di un numero del lotto, il pescare una carta da un mazzo) il cui risultato non possa essere previsto con certezza. Chiamiamo invece *evento* aleatorio, o *causale*, proprio tale risultato e lo indicheremo con E. In questo modo possiamo definire come *spazio degli eventi*, S, l'insieme di tutti i possibili risultati di un esperimento aleatorio. Quindi – utilizzando la traccia segnata da Giovanni BONOLO e Giuseppe GENNARI - se l'esperimento aleatorio è il lancio di un dado, l'uscita di una faccia con un certo numero è l'evento, mentre lo spazio degli eventi sarà dato dall'insieme delle sei possibili facce del dato, ognuna contrassegnata da un numero diverso che può essere 1, 2, 3, 4, 5, 6. In questo caso lo spazio degli eventi ha cardinalità finita, ma vi sono spazi di eventi con cardinalità infinita numerabile (l'insieme dei pezzi difettosi uscenti da una macchina che costruisce cuscinetti a sfere), o con cardinalità

[691] Se il signor Rossi muore perchè un proiettile gli attraversa il cuore, siamo sempre in presenza di una causalità deterministica, tuttavia l'attraversamento del cuore da parte del proiettile è condizione sufficiente ma non necessaria per la morte di Rossi.

[692] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 94.

[693] Interessante l'origine della indagine matematica sulla probabilità. Come rilevano infatti G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 94, se per molte matematiche il problema da risolvere era all'interno di campi quali l'astronomia, la meccanica, l'ingegneria, l'economia ecc., ossia di campi cosiddetti "seri", così non fu per il calcolo delle probabilità che vide la luce per risolvere rigorosamente e quantitativamente un problema per così dire "ludico", ossia un problema che aveva a che fare con il gioco d'azzardo. Infatti, canonicamente, si fa risalire l'origine di tale disciplina matematica al tentativo fatto da B. Pascal, poi perfezionato da P. Fermat, di risolvere un problema posto dal Cavalier de Mérè: quanti lanci di una coppia di dadi (non truccati) sono sufficienti per avere il 50% delle possibilità che escano due sei?

infinita non numerabile (l'insieme dei risultati della misura della temperatura). Dati due o più eventi, E, F, G, ecc., questi saranno *compatibili* se si possono verificare assieme (ad esempio, l'uscita di una carta di cuori e di un re), oppure *incompatibili* se non si possono verificare assieme (ad esempio, l'uscita di una carta di cuori e di una di picche). Gli eventi compatibili possono essere poi *dipendenti*, se la presenza di uno modifica la possibilità di verificarsi degli altri (ad esempio, la possibilità del verificarsi dell'uscita di un secondo re è modificata dalla precedente uscita di un primo re), oppure possono essere *indipendenti* se ciò non accade (ad esempio, la possibilità di verificarsi dell'uscita di un secondo re non è modificata dalla precedente uscita di un primo re se questo viene reinserito nel mazzo di carte prima di effettuare la seconda pescata)[694]. Esiste poi la probabilità *logica* – o probabilità *epistemica* o *induttiva* - che si distingue dalla *logica probabilistica* in quanto la prima ha a che fare con la misura del supporto induttivo – o di implicazione parziale che dovrebbe generalizzare l'implicazione usuale della logica deduttiva – che un'evidenza conferisce a una certa ipotesi.

Le conclusioni cui giungono Giovanni BONIOLO e Giuseppe GENNARI[695] sono anzitutto che la distinzione tra leggi scientifiche *universali* e *statistiche* non esiste, potendo invece esistere regolarità nomologiche in grado di esprimere una relazione causale tra antecedente e conseguente in termini *deterministici* o *probabilistici*, termini che non sono affatto equivalenti. La relazione causale *deterministica* è qualitativamente differente da quella *probabilistica*, non è semplicemente quella che spiega una "percentuale" più alta di casi (quanto alta poi?). La comprensione della relazione causale probabilistica va decisamente la di là dalla ricerca del mero "numerino" che si ritiene in grado di indicare il quantitativo di casi spiegati da quella relazione. Essa impone la capacità di ragionare, appunto, in termini probabilistici avendo presente le implicazioni dell'uso delle probabilità. Il secondo punto, quello più importante, è che tutte le espressioni del tipo *probabilità logica*, *alta probabilità logica, elevata credibilità razionale,* sono meri espedienti retorici.

[694] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 96-100, osservano che l'interpretazione del calcolo delle probabilità può essere *teorica* o *a priori*, secondo la quale la probabilità di un evento è calcolata indipendente da eventuali risultati empirici, ma calcolando "a tavolino" il numero dei casi favorevoli e di quelli possibili. Secondo l'interpretazione *frequentista* invece la probabilità di un evento è interpretata come il limite a cui tende la *frequenza relativa* data dal numero delle volte in cui quell'evento si è verificato al crescere del numero totale delle prove effettivamente svolte. Il motivo per cui questa interpretazione è chiamata anche *a posteriori* è dovuto al fatto che si basa sull'osservazione dei risultati di prove effettivamente fatte. L'interpretazione *soggettivistica* riesce a superare molti dei problemi presentati dalle interpretazioni già viste al prezzo, però, di legare l'intero calcolo a ciò che sa o che non sa il soggetto della conoscenza. In effetti la probabilità diventa la misura del grado di credenza che un soggetto attribuisce, in base alle sue informazioni, al verificarsi di un certo evento aleatorio. Ovvero, la probabilità è il grado di credenza con cui un soggetto, sulla base di una certa evidenza E, sostiene la verità di un'ipotesi I.

[695] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 103.

La probabilità logica, come visto, è divenuta il criterio di giudizio pressochè esclusivo nel ricondurre il generale all'individuale, nell'identificare fattori causali sulla base di eventi causali. Non solo. La probabilità logica, negli anni successivi alla sentenza "Franzese", è andata ben oltre il mero giudizio di causalità divenendo paradigma di sufficienza e congruità del giudizio nella ricostruzione del fatto, ed è per tale ragione che potrebbe esserci d'aiuto nella ricerca. Ma – aggiungono Giovanni BONIOLO e Giuseppe GENNARI[696] - la vera discussione sulla probabilità logica è molto tecnica e molto di nicchia e sembra aver poco a che fare con l'uso piuttosto "libero" che questo termine ha in ambito giuridico.

> Questo pone due problemi seri[697]. Il primo è, di nuovo, di ordine concettuale. Il termine "probabilità" non appartiene al linguaggio comune. Appartiene a un ambito tecnico e questo ambito ha le sue regole che non possono essere ignorate quando se ne utilizza il linguaggio. È come se il matematico utilizzasse il termine "diritto" in modo casuale e inappropriato. Il giurista, giustamente, se ne lamenterebbe perchè sarebbe un uso solo portatore di confusione. Il problema immediatamente successivo è quello del mascheramento. Cioè l'utilizzo di una formula sintetica, apparentemente dotata di una sorta di "pseudo" oggettività, nasconde il vero criterio di giudizio che è solo il solito e vecchio intimo convincimento del giudice, troppe volte sospinto surrettiziamente verso l'arbitrio[698] . L'intenzione della sentenza "Franzese" era quella di suscitare l'attenzione sull'esigenza di un controllo rigoroso del materiale probatorio e di una motivazione altrettanto rigorosa e, al contempo, non delegata al consulente scientifico. Ma la declinazione di questa sacrosanta esigenza – la "elevata probabilità logica", così come quella "significativa" o "ragionevole" o che dir la si voglia – si è tradotta in un lessico equivoco, divenuto utile solo come giustificazione formale *a posteriori*. Ossia l'etichetta di qualità che si vuole appiccicare alle valutazioni condotte dal giudice del merito nel momento della decisione. Se così è, piuttosto che ripetere espressioni prive di possibilità di verifica solo per allinearsi alle massime della cassazione, sarebbe assai meglio entrare davvero nella logicità della motivazione, ad esempio approfondendo le tecniche della argomentazione e pretendendo che la decisione scritta rispetti le regole del corretto ragionare e utilizzi propriamente le inferenze probabilistiche.

Quanto precede consente di ritenere che la probabilità logica potrebbe aiutare la decisione del giudice per esplicitare e rendere controllabile il grado di certezza (processuale) assegnato a una determinata ricostruzione fattuale. Il che non vuole dire affatto aprire le porte a decisioni "automatizzate", ma piuttosto dare una veste razionale – e dunque verificabile – a giudizi che oggi sono essenzialmente intuizionistici, come quello introdotto dalla riforma Cartabia attraverso gli articoli 408, 425 c. 3 e 554 ter c.p.p., che rappresentiamo graficamente nel paragrafo successivo.

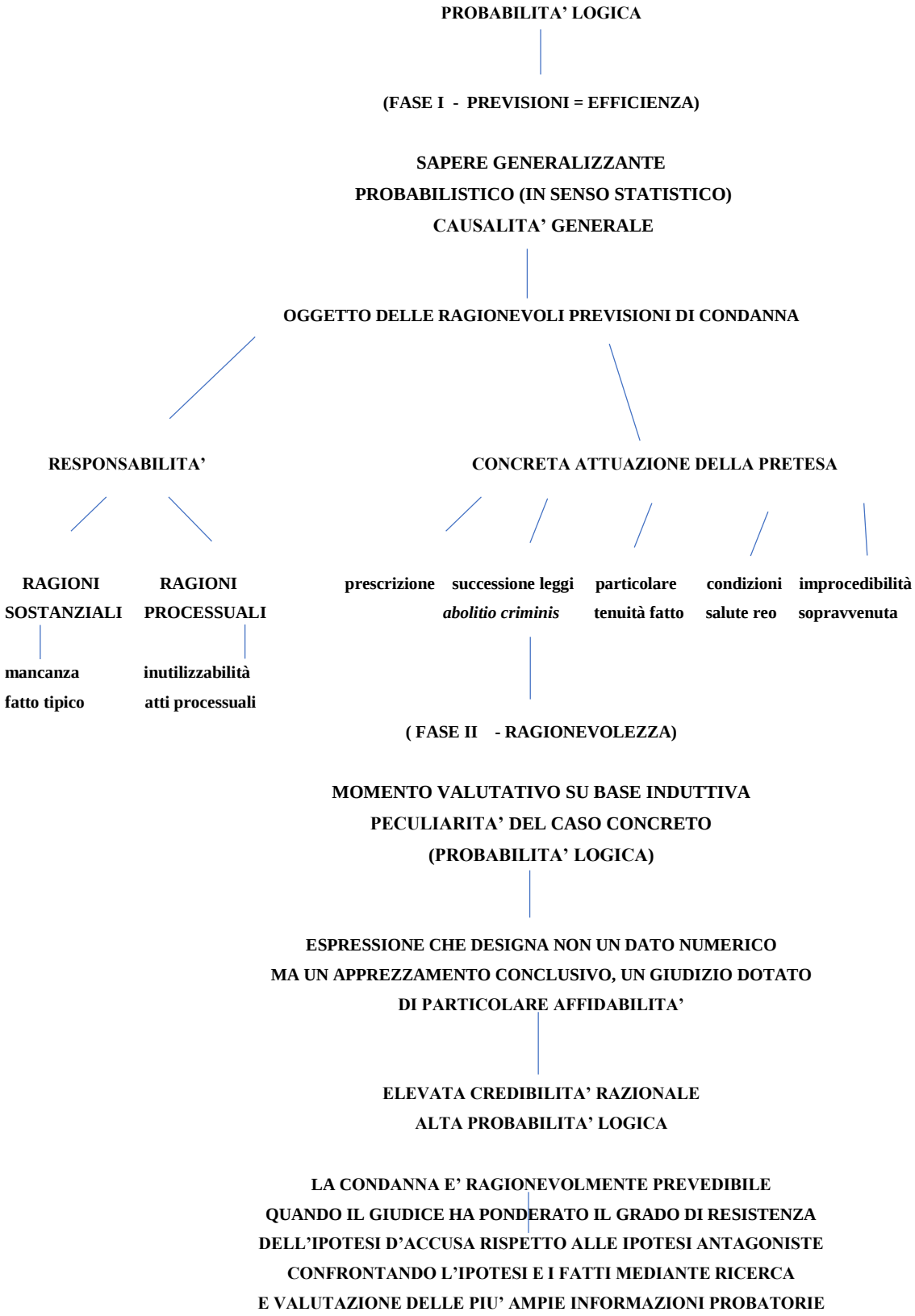
---

[696] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 104.

[697] G. BONIOLO -G. GENNARI, op. cit. pag. 104.

[698] Cfr. *ex plurimis* R. BLAIOTTA, R., CARLIZZI, G., *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA. VV., *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Canzio G. e Luparia L.), Cedam Kluwer, Milano, 2017, 464.

2. Il ragionamento probatorio finalizzato alla verifica razionale della sussistenza delle ragionevoli previsioni di condanna rappresentato graficamente.



3. Alla ricerca di un criterio minimo: isolare i casi di condanna "*impossibile*", "*altamente improbabile*" ovvero "*possibile ma non probabile*" quale punto di equilibrio certo tra *efficienza* e *ragionevolezza*.

La formula rappresentata graficamente al paragrafo che precede sembra quella maggiormente affidabile per consentire una verifica razionale delle decisioni con le quali il P.M., il G.I.P., il G.U.P. e il Giudice della predibattimentale possono ritenere o meno sussistenti le ragionevoli previsioni di condanna, sulla scorta della differente modulazione tra momento diagnostico e prognostico che abbiamo rassegnato nella sezione II ai paragrafi 2, 3 e 4.

Proviamo a calare un po' nel concreto il nostro ragionamento, raffinando ancor di più la formula, sì da individuare un criterio minimo, che consenta di isolare ciò che sicuramente non rientra nelle ragionevoli previsioni di condanna, tenendo sempre a mente la diade tra efficienza[699] e ragionevolezza.

Partiamo da una certezza: l'*oltre ogni ragionevole dubbio* costituisce il livello massimo di prova che si possa ottenere nel processo penale, ma rappresenta, al tempo stesso, anche il livello minimo perchè, se si scende sotto quella soglia, si entra inevitabilmente nella zona dei sospetti e delle illazioni; sarebbe contraddittorio ritenere provato qualcosa quando sussistano ragionevoli dubbi sulla sua sussistenza[700].

Lo standard si serve della *ragionevolezza* in quanto richiede sempre il massimo sforzo possibile da parte

---

[699] O. DOMINIONI **(2)**- *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, in www.penaledp.it, 27 maggio 2020 - osserva che l'*efficienza* giudiziaria è anch'essa un interesse a copertura costituzionale. Vi provvedono gli artt. 97 co. 2 e 111 co. 2 Cost. Quanto alla prima disposizione, la sua interpretazione restrittiva, e cioè che atterrebbe anche agli uffici giudiziari, ma limitatamente al loro ordinamento e funzionamento per gli aspetti amministrativi e non all'esercizio della funzione giurisdizionale - Corte cost., 22 giugno 2001, n. 201, in Banca dati De Jure - va corretta correlandola con la seconda: la quale, stabilendo che sia assicurata la durata ragionevole del processo, presuppone come adempimento costituzionalmente dovuto che la legge disciplini l'organizzazione degli uffici giudiziari, e quindi l'esercizio dei relativi poteri, secondo criteri informati all'efficienza giudiziaria. In ciò si garantisce il "buon andamento" dell'amministrazione della giustizia. In altri termini, l'attuazione di una regola fondamentale del "giusto processo", qual è la sua durata ragionevole, necessita anzitutto di uffici che funzionino in modo adeguato a tale fine; e quindi, in una visione ermeneutica sistematica che determini i contenuti normativi delle due disposizioni, l'una è servente all'altra in modo necessario. Secondo E. MARZADURI – op. cit. pag. 2-3 - l'*efficienza* è innanzitutto data dalla capacità costante di un sistema operativo di rispondere ai propri fini. Ne segue che con l'organizzazione e la gestione del processo penale, "ricerca ordinata [...] di verità", il legislatore deve assicurare un meccanismo capace di pervenire a un accertamento dei fatti sottoposti alla disamina dell'autorità giudiziaria che sia rispettoso delle garanzie individuali e al contempo in grado di fornire un risultato condivisibile da parte della comunità. E una apprezzabile ricerca dell'efficienza del rito penale, sviluppata sul piano della ragionevolezza della relativa tempistica, non potrà quindi aversi, se non tenendo nel debito conto dette finalità.

[700] Se qualcuno dovesse obiettare che esistono contesti in cui si segue uno standard inferiore, come nei provvedimenti cautelari, dove varrebbe il criterio del "più probabile che non", sarebbe facile replicare che nei provvedimenti cautelari a mutare non è lo standard probatorio, che resta sempre il medesimo, ma la proposizione da provare: anzichè provare la colpevolezza, si prova (oltre ogni ragionevole dubbio) la probabile colpevolezza. Come si vede, "il più probabile che non" appartiene alla proposizione da provare e non allo standard probatorio.

di colui su cui grava l'onere probatorio, poichè consente al *fact finder* di ignorare i soli argomenti inverosimili e incoerenti e dunque incapaci di trovare terreno fertile nella crescente selva della conoscenza umana. Consapevoli che la certezza assoluta è una chimera – come tale irraggiungibile - non possiamo pretendere che il *fact finding* si concluda positivamente soltanto quando gli unici enunciati fattuali che residuano a sostegno dell'innocenza sono illogici[701].

> Pertanto – osserva Federico PICINALI - la condanna non sarà evitata affermando che l'imputato si trovava sulla Luna al momento del fatto. Si tratta di un dubbio del tutto razionale, poichè non vi è alcun argomento logico/deduttivo che ci permette di escludere in termini assoluti che ciò sia avvenuto, ma, allo stato attuale del nostro senso comune, non costituisce senz'altro un dubbio ragionevole.

Dobbiamo invece abbassare la soglia rilevante, fermandoci al primo livello che garantisca la praticabilità e l'intelligibilità dell'accertamento fattuale: questa soglia è costituita proprio dalla *ragionevolezza*. Le considerazioni svolte sin qui consentono di concludere che la severità e la dinamicità del *reasonable doubt* standard fanno di esso il miglior candidato per realizzare la continua tensione verso la verità, posto che l'adozione del *reasonable doubt* standard (così come la prescrizione della presunzione di innocenza), non ha la sua *ratio* nella tutela dell'innocente, bensì nella tutela dell'imputato *tout court*. Essa mira a prevenire non solo sentenze di condanna "false", ma anche sentenze di condanna "vere" adottate nonostante l'insufficienza della *evidence*.

Ciò posto, ai nostri fini quando una condanna è (ragionevolmente) prevedibile?

Come riportato graficamente al paragrafo 2, possiamo rispondere: quando il giudice ha ponderato il grado di resistenza dell'ipotesi di accusa rispetto alle ipotesi antagoniste o alternative, confrontando l'ipotesi e i fatti, mediante la ricerca e la valutazione delle più ampie informazioni probatorie, chiamate a corroborare la forza esplicativa dell'operazione controfattuale e delle leggi scientifiche di copertura. Con il lineare corollario che - poiché occorre pervenire alla conclusione, processualmente "certa", che la condotta dell'imputato è stata davvero condizione "necessaria" dell'evento, a lui per ciò attribuibile come fatto proprio - qualora l'ipotesi formulata dall'accusa non abbia retto all'urto della confutazione, l'incertezza o l'insufficienza probatoria e il non irragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta comportano la neutralizzazione dell'accusa e l'esito assolutorio. E ciò, ormai, non solo in forza del tradizionale canone "*in dubio pro reo*" (art. 530, c. 2, c. p. p.), ma in ossequio alla regola decisoria di matrice anglosassone, recepita prima in talune decisioni della Corte di cassazione e poi

[701] F. PICINALI, op. cit. pag. 42.

normativamente positivizzata, secondo la quale "*il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*"[702]. Se le categorie del diritto penale sostanziale non possono essere piegate ad asserite esigenze processuali e a pretese difficoltà di prova o all'arbitrario convincimento del giudice, il deficit esplicativo non mette dunque in crisi lo statuto condizionalistico della causalità logico-scientifica, quanto piuttosto ne segna i confini, comportando una risposta assolutoria, sul rilievo dell'insufficiente grado di conferma dell'ipotesi prospettata dall'accusa, in perfetta coerenza con la presunzione di innocenza dell'imputato e, più in generale, con le fondamentali garanzie dettate dagli articoli 24, 25, 27 e 111 Cost. per il processo penale di stampo accusatorio[703].

Proviamo adesso a rassegnare, mediante esemplificazioni, fattispecie nelle quali la condanna sarebbe *impossibile*, *altamente improbabile*, ovvero *possibile ma non probabile*, e quindi le previsioni sarebbero irragionevoli, secondo una gradualità, per poi comprendere se il tema delle ragionevoli previsioni di condanna può essere risolto solo con la probabilità.

La disamina della formula ci ha permesso di concludere che il "campo visivo" del P.M., del GIP, del GUP e del Giudice predibattimentale comprende: da un lato, la "responsabilità dell'imputato", che pertiene a profili sostanziali - quali la mancanza di elementi del fatto tipico – e processuali - quali l'inutilizzabilità di atti processuali -; dall'altro, la "concreta attuazione della pretesa" - considerando ad es.: la prescrizione; le condizioni di salute del reo; successione di leggi nel tempo o *abolitio criminis*; particolare tenuità del fatto, sopraggiunta improcedibilità -.

In sostanza, lacune investigative non colmate — quando attengono a profili essenziali della responsabilità e della punibilità dell'imputato — rendono irragionevole la previsione di condanna[704], salvo che il giudice dell'udienza preliminare, sulla scorta delle informazioni rilevabili dagli atti, sia in grado di elaborare un "programma istruttorio" — da attuare in dibattimento — che renda comunque plausibile e concreta la prognosi di un esito del giudizio favorevole all'accusa, così da poter evitare un supplemento di indagini ex art. 421 *bis* c.p.p., modus operandi che in parte riguarda il GIP – mediante la disposizione di indagini suppletive – e non anche il Giudice della predibattimentale, che non dispone di poteri istruttori.

Come abbiamo ampiamente rassegnato nella sezione II del presente capitolo, la prescrizione costituisce senza dubbio l'applicazione più immediata del nostro tema, come testimoniano le prime pronunce di merito di cui abbiamo dato conto, dalle quali – anche se con approcci apparentemente contraddittori –

[702] art. 533, comma 1 c.p.p., sost. dall'art. 5 legge 20 febbraio 2006, n. 46

[703] P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, Dir. pen. e proc., 2012, 1229.

[704] C. SANTORIELLO, op. cit. pag. 11.

emerge come i Giudici non possano trascurare la non ragionevolezza di una previsione di condanna incompatibile con i tempi di celebrazione di un procedimento nell'ufficio giudiziario interessato dalla regiudicanda, né possono diversamente farlo i magistrati inquirenti richiamando l'art. 112 Cost., che viene indubbiamente ridimensionato dalla riforma Cartabia, sempre nel rispetto della trazione efficientista.

> Si spiega così perchè il GIP di Siena ricorda che la formula delle ragionevoli previsioni di condanna è stata dettata per individuare l'*oggettiva superfluità del processo,* quest'ultima dovendo comunque essere idonea "*a segnare il discrimine, spesso labile, tra l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità comunque camuffata*". E si spiega così anche perchè nella sentenza di non luogo a procedere emessa qualche mese prima rispetto al provvedimento senese, il GUP di Patti aveva valorizzato positivamente l'imminente prescrizione per ritenere irragionevole il rinvio a giudizio ed emettere sentenza di non luogo a procedere, anche in tal caso utilizzando un parametro di gradualità, non già ancorato a "serie o probabili" previsioni, ma al dato numerico – ricavato dalle tabelle di organizzazione - del tempo medio di gestione del primo grado presso l'ufficio giudiziario coinvolto.

Altra applicazione abbastanza sicura del nostro ragionamento è costituita dalla inutilizzabilità degli atti processuali posti a base della provvista accusatoria nelle fasi interessate dalla nostra formula.
Com'è noto, il termine inutilizzabilità può descrivere due aspetti dello stesso fenomeno: il vizio da cui può essere affetto un determinato atto da un lato; il regime giuridico al quale l'atto viziato è sottoposto dall'altro, e cioè l'estromissione della prova illegittima dal materiale decisorio e la rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento. Nonostante l'estensione del fenomeno della inutilizzabilità anche agli atti a contenuto probatorio della fase investigativa e la chiara lettera dell'art. 191 c. 2, che esplicitamente prevede la rilevabilità dell'inutilizzabilità in ogni stato e grado del procedimento, la giurisprudenza consentiva l'utilizzo di elementi probatori viziati nella fasi antecedenti al dibattimento, ovvero nelle indagini preliminari, nella fase cautelare, e nell'udienza preliminare, mentre per il rito abbreviato sono inutilizzabili solo gli atti affetti da inutilizzabilità patologica.

> Si distingue tradizionalmente tra inutilizzabilità *fisiologica* della prova – coessenziale ai peculiari connotati del processo accusatorio, a carattere quindi disponibile – e inutilizzabilità *patologica* – afferente invece gli atti probatori assunti *contra legem,* la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché nelle procedure incidentali cautelari[705].

[705] Cass., SS. UU. Tammaro, 21.6.2000, cit.

Ciò posto, esistono fattispecie in cui la condanna è impossibile e quindi le previsioni sarebbero irragionevoli? Quando cioè, il magistrato chiamato a decidere se sussistono le ragionevoli previsioni di condanna, non potrà che archiviare o prosciogliere perché la condanna è *impossibile*?

Il caso più semplice appare quello relativo agli atti di indagine commessi dopo la scadenza del termine prevista dall'art. 407 c. 3 c.p.p.[706]. Si pensi poi all'ipotesi di accusa fondata sulle sole dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia dopo il termine di 180 giorni dalla manifestazione della volontà di collaborare, vizio che la giurisprudenza[707] riservava al solo dibattimento, ma che oggi diventerebbe esiziale anche per le fasi precedenti, sulla base della diagnosi prognostica, in quanto l'inutilizzabilità vale solo per il dibattimento. La condanna sarebbe *impossibile* e quindi irragionevole anche nella ipotesi di prospettazione accusatoria derivante esclusivamente dalle dichiarazioni rese da colui il quale, dovendo essere sentito in qualità di indagato, sia stato avvertito di tale sua qualità, ed abbia reso in assenza del difensore dichiarazioni spontanee alla p.g.[708], in quanto l'inutilizzabilità vale solo per il dibattimento.

Medesima conclusione nel caso di imputazione fondata sulle dichiarazioni di persona che sia stata o avrebbe dovuto essere sentita quale indiziata di reato e non abbia ricevuto l'avviso di cui alla lett. c) dell'art. 64 c. 3 c.p.p.[709]. Stessa sorte toccherà alle regiudicande fondate su una segnalazione anonima, in quanto affetta da inutilizzabilità patologica[710] . Ancora, si pensi al caso di una prospettazione accusatoria fondata sulla testimonianza da parte di ufficiali ed agenti di p.g. in violazione del divieto previsto dal c. 4 dell'art. 195 c.p.p. con riferimento al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni[711]. Impossibile potrebbe essere la condanna nel caso di accertamenti tecnici non ripetibili (ad es. autopsia) svolti dai consulenti del pubblico ministero senza l'osservanza delle garanzie previste dall'art. 360 c.p.p.[712]

Passando invece a fattispecie di matrice sostanziale, sarà irragionevole la previsione di condanna nel caso di un procedimento pendente per abuso d'ufficio in vigenza del decreto Nordio che ne ha sancito l'abrogazione. O nel caso di un processo di c.d. "droga parlata" – senza cioè sequestri di stupefacente – nell'ambito del quale vanno smarriti i supporti fonici[713], costituenti la prova regina.

---

[706] Cass., sez. V, 12.1.1994, Vetrallini, in Cass. Pen. 1994, 2757.

[707] Cass. SS. UU., 25.9.2008, P., in Diritto Penale e Processo, 2009, 429.

[708] Cass., sez. VI, 2.12.2004, Bertoldi, CED 231304.

[709] Cass., sez. III, 1.7.2002, Am-Qira, CED 223359, in Banca dati De Jure.

[710] Cass., sez. V, 20.11.2019, Tallarita, in Banca dati De Jure.

[711] Cass., SS. UU., 28.5.2002, Torcasio, CED 225468, in Banca dati De Jure.

[712] Cass., sez. III, 3.12.2009, S., n. 3908, in Banca dati De Jure.

[713] Cass., sez. VI, 28.03.2018, n. 24744, in banca dati De Jure, «*In tema di intercettazioni di conversazioni telefoniche o ambientali, la prova è costituita dalle bobine e dai verbali, sicché il giudice può utilizzare il contenuto delle intercettazioni indipendentemente dalla trascrizione, che*

In tutti questi casi – rappresentati naturalmente in forma esemplificativa e senza pretese di esaustività, come forma di "provocazione intellettuale" - prima del D. Lgs. 150/2022, il P.M., il GIP ed il GUP erano portati a passare comunque il "testimone" al collega del dibattimento nella "maratona della giustizia", sulla scorta del criterio dell'idoneità dell'accusa a sostenere il giudizio.

La logica era: lasciamo che il dibattimento possa colmare le lacune investigative, celebriamo comunque il processo, con aggravio della macchina della giustizia, anche allorquando già nella fase precedente il peso degli elementi indizianti era inidoneo a raggiungere la soglia del ragionevole dubbio.

Come abbiamo cercato di spiegare in questo capitolo, la riforma cambia gli scenari, nel senso che, in presenza – ad esempio - di atti inutilizzabili nel dibattimento, la previsione di condanna in udienza preliminare non è più ragionevole, e pertanto il giudice deve arrestare il procedimento in assenza di ulteriori elementi già individuabili in sede di diagnosi prognostica.

Vi sono poi fattispecie un po' diverse, nelle quali la previsione di condanna è irragionevole non perché la condanna sia impossibile, ma perchè sarebbe *alquanto improbabile*.

Pensiamo al caso dell'indagine a carico dell'allora Ministro della Salute Roberto SPERANZA per il decesso dei pazienti morti di Covid a Bergamo, vicenda che scontava un grave deficit di ricostruzione del nesso causale per carenza di leggi scientifiche di copertura. Si ipotizzi altresì un reato dichiarativo tributario – ad esempio l'omesso versamento IVA – con una imputazione in cui si contesta una omissione di poco superiore alla soglia di punibilità (Euro 250.000), sulla scorta di quell'orientamento giurisprudenziale che consente di considerare ai fini dell'imputazione il solo tributo e non anche le maggiorazioni derivanti da sanzioni e interessi[714].

---

costituisce la mera trasposizione grafica del loro contenuto, procedendo direttamente al loro ascolto. Ne discende che, ai fini dell'utilizzazione delle registrazioni delle conversazioni monitorate, non è necessario disporre perizia, potendo il giudice conoscere la prova mediante il diretto ascolto: rientra, quindi, nei poteri discrezionali del giudice del dibattimento di scegliere le modalità operative dell'istruttoria e di valutare se sia necessario disporre la perizia ovvero se sia sufficiente l'ascolto delle registrazioni delle comunicazioni intercettate in dibattimento oppure in camera di consiglio, potendo le parti ascoltare dette registrazioni e farne eseguire la trasposizione su nastro magnetico, così da sottoporre al giudice le proprie osservazioni. Peraltro, costituisce regola fondante del processo (cfr. articoli 511 e seguenti e 526 del Cpp, nonché articolo 111, comma 4, della Costituzione) quella secondo cui le prove devono formarsi nel contraddittorio delle parti, salvo che non si versi in uno dei casi nei quali la formazione della prova non ha luogo nel contraddittorio "per consenso dell'imputato" (cioè in caso di accesso a un rito alternativo, quali il rito abbreviato o il patteggiamento, ovvero in caso di consenso all'acquisizione di atti a formazione unilaterale, quali gli atti di indagine). Per l'effetto, salvo ricorrano queste condizioni, il giudice non può porre a base della decisione assunta all'esito del giudizio ordinario le trascrizioni informali delle intercettazioni sulla base dei brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria. È piuttosto onere del giudice (anche di quello di appello, laddove non vi abbia proceduto quello di primo grado) di procedere, alternativamente, all'effettuazione di una perizia di trascrizione, all'ascolto delle registrazioni in aula nel contraddittorio delle parti, ovvero all'ascolto delle registrazioni in camera di consiglio, dando comunque conto nella motivazione della sentenza dei dati conoscitivi acquisiti con la modalità istruttoria prescelta...»

[714] Cass., sez. III, 28.3.2018, n. 46953, in Banca dati De Jure, «*Ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera f), del decreto legislativo n. 74 del 2000 per valutare il superamento della soglia di punibilità di euro 250.000, per il reato di cui all'articolo 10-ter dello, stesso decreto legislativo, deve*

Vi sono poi casi nei quali – ancora più gradatamente – la previsione di condanna può essere irragionevole, perché la condanna è tecnicamente possibile, ma non probabile.

Si pensi al caso di una vicenda per lesioni da colpa medica, nella quale il paziente ha proposto querela oltre i 3 mesi richiesti per la procedibilità, sulla scorta dell'orientamento di legittimità (minoritario) che non consente di far decorrere il *dies a quo*, anzichè dal momento in cui si è verificato l'evento, dal diverso momento in cui la vittima si è resa conto di avere subito un fatto tipico, antigiuridico e colpevole (solitamente, allorquando il proprio ctp consegna la relazione)[715]. Si pensi ancora al caso di un processo per responsabilità colposa degli esercenti le professioni sanitarie, nel quale il P.M. non ha individuato le leges artis asseritamente violate, alla luce dell'orientamento di legittimità che invece ritiene requisito indefettibile l'individuazione delle norme cautelari non ossequiate[716]. Oppure, il caso di maltrattamenti in famiglia contestati nell'ambito di una vicenda sentimentale caratterizzata da aggressioni reciproche e gelosie, attesa la giurisprudenza diffusa sul punto[717]. Infine, si ipotizzi una imputazione per lesioni colpose da circolazione stradale nei confronti degli occupanti una volante della Polizia di Stato intervenuta durante un inseguimento, condotte scriminate dall'adempimento del dovere, che però difficilmente potrebbe ritenere già il P.M. irragionevole perseguire, demandando più correttamente al GUP l'onere di bilanciare gli interessi contrapposti, magari mediante l'utilizzo dei poteri integrativi che consentono di evitare un dibattimento ingiustificato.

---

tenersi conto solo ed esclusivamente dell'Iva evasa e non anche degli interessi dovuti per il versamento trimestrale (nella specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna con la formula "perché il fatto non sussiste", sul rilievo che la somma dovuta per l'Iva era pari a euro 248.325 - sotto soglia, quindi non potendosi conteggiare per il superamento della soglia - come invece erroneamente operato in sentenza - l'ulteriore somma di euro 2.483, relativa agli interessi)».

[715] Cass.,sez. IV, 11.10.2016, n. 44335, in Banca dati De Jure, «*Nel reato di lesioni personali colpose provocate da responsabilità medica, la prescrizione inizia a decorrere dal momento dell'insorgenza della malattia "in fieri", anche se non ancora stabilizzata in termini di irreversibilità o di impedimento permanente...».*

[716] Cass., sez. IV, 8.9/2021, n. 34629, in Banca dati De Jure, «*In tema di responsabilità medica, l'introduzione, ad opera della l. 189/2012 (c.d. decreto Balduzzi), del parametro di valutazione dell'operato del sanitario costituito dalle linee-guida e dalle buone pratiche clinico-assistenziali, con la più incisiva conferma di tale parametro ad opera della l. 24/2017, ha, in particolare, modificato i termini del giudizio penale, imponendo al Giudice un'articolata motivazione, dovendo il Giudice verificare, in primo luogo, se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali e, in secondo luogo, valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri in relazione al concreto rischio che si sarebbe dovuto evitare, nonché in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata dalle suddette linee guida (fattispecie di omicidio colposo attribuita ad un chirurgo in relazione all'esecuzione di un intervento chirurgico in assenza di esami diagnostici approfonditi sul paziente, sulla base di una motivazione che, in presenza di incertezze probatorie dovute alla mancata esecuzione dell'esame autoptico, ometteva il confronto tra tesi contrappose sulla causalità materiale dell'evento*)».

[717] Tribunale Udine, 08/11/2022, n. 1775, in Banca dati De Jure «*Non è responsabile del reato di maltrattamenti in famiglia l'imputato che si sia reso responsabile di una pluralità di condotte che per quanto biasimevoli abbiano carattere episodico e inserite in un contesto di reciproche recriminazioni e litigi in un contesto di parità tra i coniugi*.»

Quanto rappresentato sin qui costituisce una evidente provocazione intellettuale, nel senso che il complesso tema della nostra indagine non può essere risolto sulla base della sola probabilità logica, dovendo intervenire ed anche in maniera intesa il canone della ragionevolezza.

E allora?

Non ci resta che riannodare il filo con le conclusioni del capitolo 2, allorquando a proposito di notizia di reato abbiamo sollevato un'esigenza di tipo culturale.

La riforma Cartabia si rivolge ad operatori giudiziari – magistrati e avvocati – con una forma mentis diversa, meno legati alle tradizioni e più aperti alle esigenze dell'efficienza, nello spirito della complessiva riforma.

Se nella notitia criminis combattevamo la retorica dell'iscrizione come atto dovuto, in questo capitolo accendiamo un faro sulla retorica del faremo e rifletteremo, nel senso di mandare tutto a giudizio, filtrare poco o nulla.

La necessità del cambio di rotta culturale – che nel capitolo 1 abbiamo largamente rappresentato citando autorevole dottrina appartenente all'*ordo iudiciorum* – ci consente di avanzare la seconda proposta, che solo apparentemente può sembrare provocatoria.

4. Un incentivo alla efficacia della riforma (culturale): meccanismi di controllo sulla capacità del magistrato di non essere irragionevole nelle previsioni di condanna.

Posto che non si può demandare l'efficacia delle modifiche e l'efficienza della riforma Cartabia *in parte qua* esclusivamente alla buona volontà ed al buon senso dei magistrati - un po' come accade per la corretta applicazione dello standard dell'*oltre ogni ragionevole dubbio* – sfruttando che i venti di efficientismo che in questo periodo soffiano nelle aule parlamentari e governative – anche sovranazionali – tentiamo di chiudere il ragionamento con un ulteriore sforzo ermeneutico.

4.1. Segue. L'etica del magistrato ovvero il rapporto tra conoscenza e potere.

Proviamo ad ammantare di conseguenze disciplinari il mancato rispetto della formula "ragionevoli previsioni di condanna" da parte dei magistrati, la cui essenziale funzione per la tenuta della democrazia si sposa con la necessità di svolgere il servizio pubblico rispettando un'etica e una deontologia non comuni.

> Come ricorda Aniello NAPPI[718], qualsiasi professione intellettuale può coniugare studio e lavoro. Il giudice però studia progetti di vita, visioni del mondo articolate in modelli di comportamento. E quando è chiamato a verificare la corrispondenza di comportamenti altrui ai modelli prescritti, non può fare a meno di guardare anche alle sue stesse azioni, con una incessante quotidiana messa in mora della sua coscienza. Le astuzie, inadempienze, slealtà, doppiezze, codardie, illegalità, violenze che gli capiterà di stigmatizzare, possono essere non diverse dalle sue. Il giudice definisce norme che non possono non valere anche per sè stesso, oltre a impegnarlo anche moralmente ad applicarle in ogni caso simile. E questa continua tensione morale può alla lunga fiaccare, generando ignavia e ipocrita indifferenza. Una sorta di schizofrenia morale, che rischia di trasformare il giudice in un sepolcro imbiancato, è un suo autentico rischio professionale. Ma se si riesce a resistere, allora il lavoro diviene impegno civile, stile di vita. Il problema è di come attrezzarsi per resistere. Un problema che può risolversi solo intendendo il lavoro del giudice come esercizio non di potere ma di conoscenza: la ricostruzione del significato di conflitti e controversie a partire dal contesto giuridico e sociale in cui si manifestano, nella consapevolezza che i significati non dipendono dai modi di comportamento ma dalle attese di comportamento, definite da un insieme di norme anche sociali comuni al giudice e alle parti.

Ci riferiamo ai magistrati come *genus* e non solo ai giudici, perchè - come abbiamo ampiamente rassegnato - la prima applicazione delle ragionevoli previsioni di condanna spetta proprio al P.M. in sede di richiesta di archiviazione, quindi al GUP in sede di udienza preliminare e al Giudice nell'udienza predibattimentale.

Il paradigma deontologico di un'etica del giudice è il principio del contraddittorio, perché può autonomamente fondarsi, quale garanzia metodologica del processo, solo in una visione decentrata del mondo, affrancata appunto dal paradigma di una coscienza solitaria e autosufficiente, separata da un mondo di oggetti manipolabili e conoscibili. Il principio del contraddittorio non si fonda infatti sull'assunto irrealistico che tutte le parti siano animate da intenti di verità e di giustizia, perché presuppone il solo criterio della plausibilità – nei paragrafi precedenti avremmo detto: di *alta credibilità logica o razionale* - quale limite necessario e sufficiente a regolare le prospettazioni di chi interviene nel processo.

Si fonda, invece, sulla ragionevole previsione che quanto maggiori sono le ipotesi plausibili suggerite al vaglio critico del giudice dal confronto delle parti, tanto maggiori sono le probabilità che il processo si concluda con una sentenza giusta. Nel processo si confrontano sempre pretese sia di verità - riferite ad asserzioni - sia di validità, riferite a qualificazioni giuridiche. Ma a distinguere[719] giudizio di fatto da

[718] A. NAPPI (1), *Etica, deontologia e funzioni giudiziarie: tra efficienza, percezione ed effettività*, in Questione Giustizia, 18.7.2022, pag. 1.

[719] A. NAPPI (1), op. cit. pag. 2.

giudizio di diritto non è la natura valutativa delle argomentazioni che li sorreggono, perché valutazioni sono richieste in entrambi i giudizi.

Come abbiamo visto, il criterio della distinzione è nell'oggetto delle valutazioni, perché nel giudizio di fatto le valutazioni attengono alla persuasività delle prove utilizzate a sostegno di una pretesa di verità (principio di induzione); nel giudizio di diritto le valutazioni attengono invece alla congruità e pertinenza dei criteri di qualificazione del fatto utilizzati a sostegno di una pretesa di validità (principio di universalizzazione).

Se il ruolo del giudice è inestricabilmente vincolato al principio di legalità, il ruolo del pubblico ministero può esserne almeno in parte affrancato, come avviene nei sistemi improntati al principio di opportunità nell'esercizio dell'azione penale (utilitarismo dell'atto). Nel nostro ordinamento questa eventualità è esclusa dal principio di obbligatorietà dell'azione penale. Infatti, con la prescrizione di obbligatorietà dell'azione penale, l'art. 112 Cost. si limita appunto a prescrivere uno schema argomentativo; più precisamente estende all'azione penale lo schema argomentativo che la tradizione liberale prescrive per la giurisdizione. L'art. 112 Cost. esige per le determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale, giustificazioni analoghe a quelle prescritte per le decisioni del giudice, escludendo che esse possano essere giustificate in ragione della funzionalità al perseguimento di risultati di controllo sociale. Tuttavia è comunque inevitabile che il pubblico ministero sia in qualche misura condizionato da una logica strumentale, orientata al perseguimento di un risultato investigativo. Per questa ragione – si osserva[720] - occorrerebbe evitare che la crescente separazione delle funzioni tra pubblici ministeri e giudici finisca per tradursi in una scissione culturale così profonda da vanificare il progetto costituzionale[721].

I criteri di organizzazione del lavoro giudiziario sono evidentemente estranei all'etica del giudice[722], anche se la condizionano pesantemente, perché da questi dipende la stessa possibilità di una effettiva

[720] N. ROSSI (2), *Separare le carriere di giudici e pubblici ministeri o riscrivere i rapporti tra poteri*? In Sistema Penale, 16.11.2023

[721] Negli anni passati si è ritenuto di poter salvaguardare la prospettiva costituzionale non precludendo il passaggio dall'una all'altra funzione. Ma questa impostazione, peraltro contestata dall'avvocatura, finiva per tracciare un orizzonte solo teorico, perché le crescenti esigenze di specializzazione professionale rendevano già allora marginali i passaggi di funzione. E infatti si va sempre più accentuando tra i magistrati del pubblico ministero una cultura autoreferenziale, francamente diversa da quella dei giudici, al di là della proclamata unitarietà della cosiddetta cultura giurisdizionale. L'unico rimedio a questa pericolosa deriva sarebbe quello di aumentare le occasioni di comune formazione professionale di pubblici ministeri e giudici su temi non condizionati dalle rispettive specializzazioni, quali appunto l'etica e l'argomentazione giudiziaria.

[722] F. PINELLI, *Intervento del vice Presidente del C.S.M. in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024*, in Sistema Penale, 26.1.2024, pag. 5, nella qualità di vice presidente del C.S.M., ha ricordato come «*i cittadini pretendono un magistrato conscio dello specialissimo potere sulla vita delle persone, che egli solo esercita. Prudenza ed equilibrio nella trattazione dei casi e nell'interpretazione delle norme, consapevolezza degli orientamenti e della necessità di muoversi nella tendenziale uniformità dell'esercizio dell'azione penale e prevedibilità delle decisioni, in una cornice di cultura del dubbio e di centralità del principio di presunzione di innocenza. Questi paiono i tratti inderogabili di una deontologia ancorata all'etica dei doveri, dove autonomia e indipendenza, valori non negoziabili, sono garanzie apprestate in funzione dei diritti dei cittadini,*

instaurazione del "discorso" giudiziario, tema cruciale a seguito della entrata in vigore del D. Lgs. 150/2022, come abbiamo visto, ad esempio, in ordine alla incidenza della prescrizione sulle ragionevoli previsioni di condanna.

> Come rileva Aniello NAPPI[723], l'organizzazione del lavoro giudiziario è affidata anche a ciascun magistrato, non solo a coloro cui sono assegnate funzioni direttive o semidirettive. Ma sono ovviamente costoro che ne hanno la principale responsabilità, oltre al prestigio del ruolo. Tuttavia l'etica cui può ricondursi l'organizzazione, individuale o collettiva, del lavoro giudiziario non si distingue da quella di qualsiasi altra istituzione pubblica, benché il lavoro giudiziario esiga talora maggiore riserbo e prudenza nelle relazioni interpersonali. Ma è improprio parlare in proposito di etica del giudice, anche se purtroppo se ne parla prevalentemente a questo proposito, come se dirigere un ufficio giudiziario valesse più che fare il giudice[724].

Tanto premesso, cerchiamo di comprendere se esiste uno spazio per vincolare il magistrato ad essere "fedele" alla *ratio* della riforma Cartabia e sensibile alla formula delle *ragionevoli previsioni di condanna*. Prima però dobbiamo capire se le condotte processuali del magistrato incidono sulla valutazione di professionalità.

---

non un privilegio di categoria. Spetta alla responsabilità di ciascun magistrato mantenere sempre saldo il rapporto di fiducia con il cittadino e far sì che esso non si rompa..».

[723] A. NAPPI (1), op. cit. pag. 4 rileva come tutti e comunque molti magistrati si pronunciano contro il carrierismo, proclamando di credere in una magistratura che si distingue solo per funzioni. E in realtà nella stragrande maggioranza dei casi all'incarico semidirettivo o direttivo non si accompagna nemmeno il riconoscimento di un maggior reddito. Eppure l'aspirazione a questi incarichi è considerata fondamentale nella vita professionale dei magistrati. Sono convinto che questa cultura si fondi su una inadeguata valutazione degli oneri connessi agli incarichi direttivi, che richiederebbero un'elevata dose di altruismo, ove venissero interpretati ed esercitati sempre correttamente. Tanto più se si consideri che il lavoro del magistrato è per definizione affrancato da gerarchie; e che le leadership sostanziali, fondate sull'effettivo valore professionale, prevalgono immancabilmente sulle leadership formali, connesse al ruolo direttivo o semidirettivo. Gli uffici direttivi dovrebbero in realtà servire a far funzionare gli uffici, non a offrire una carriera ai magistrati. Sembra invece che a prevalere sia la logica individualistica o almeno sindacale, della tutela dei singoli anziché dell'istituzione. E' evidente in ogni caso che il lavoro di capo di un ufficio giudiziario è ben diverso da quello dei giudici che lo compongono, sebbene ne presupponga ovviamente la conoscenza. Ed è innegabile che la presenza di un capo dell'ufficio all'altezza del suo compito è determinante per un efficace esercizio delle funzioni giudiziarie.

[724] Nell'ammonire a comprendere meglio la chiara distinzione tra *conoscenza* (principio di conformità ai valori) e *potere* (principio di adeguatezza agli scopi dell'atto), A. NAPPI (1), op. cit. pag. 5 definisce «incomprensibile che una magistratura tanto impegnata a rivendicare l'autonomia e l'indipendenza del giudice dimostri di avere quale obbiettivo principale quello di svolgere un lavoro diverso, qual è anche quello di capo dell'ufficio, quando non addirittura un lavoro non giudiziario con il cosiddetto "fuori ruolo", che pure a determinate condizioni può risultare anch'esso utile alla formazione del magistrato, se di breve durata».

4.2. Segue. L'incidenza della *capacità* sulla valutazione di professionalità del magistrato nella disciplina antecedente alla riforma Cartabia.

È stato autorevolmente sostenuto[725] che, a differenza di altri paesi d'Europa in cui i magistrati sono soggetti a sistemi di valutazione della professionalità altamente selettivi[726], il nostro sistema disciplinare finisce di fatto per essere il principale e quasi esclusivo strumento di valutazione negativa della professionalità dei magistrati nei quattro decenni e più della loro permanenza in servizio.

Ciò in quanto, per un perverso circolo vizioso, le valutazioni della professionalità generalizzate ed altamente laudative finiscono per attenuare il rigore delle condanne a livello disciplinare. La disamina delle sentenze disciplinari mostra infatti come molto spesso le elevate valutazioni della professionalità dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare vengono utilizzate come circostanze attenuanti per mitigare il rigore delle sentenze, senza tener conto che quelle valutazioni hanno di fatto un valore più rituale che sostanziale, che sono cioè attribuite a tutti i magistrati senza distinzione tra chi effettivamente le merita e chi no[727].

> Tale assunto trova riscontro non soltanto nelle statistiche. Nel discorso pronunziato nella cerimonia per l'inizio dell'anno giudiziario 2017, l'allora Procuratore generale della Cassazione, Pasquale CICCOLO - aveva testualmente affermato: *"... si deve registrare che le valutazioni di professionalità negative o non positive rese dal C.S.M. nell'ultimo biennio sono, secondo un dato offerto dall'organo di governo autonomo, dello 0,58% del totale, il che potrebbe condurre sulla base del solo dato numerico a reputare che tutti i magistrati siano idonei a svolgere, sempre comunque, con eccellente professionalità qualsiasi funzione giudiziaria, laddove evidentemente una maggiore efficienza nell'applicazione di criteri selettivi e una maggiore attitudine preventiva del sistema di valutazione professionale potrebbe evitare che il sistema disciplinare costituisca la sede sulla quale riversare, quasi a modo di funzione suppletiva a posteriori, la soluzione ultima di tutti i momenti critici della giustizia".* Non dissimili sul punto gli interventi dei suoi successori, specie a seguito del c.d. caso Palamara.

[725] G. DI FEDERICO (1), *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in Questione Giustizia, 22.9.2021, pag. 1.

[726] Nei paesi come l'Austria, la Germania e la Francia, le valutazioni di professionalità vengono effettuate periodicamente (con cadenze che vanno dai 2 ai 5 anni) e prevedono graduatorie di merito differenziate per coloro che ricevono valutazioni positive. Prendendo ad esempio le valutazioni compiute nel Land tedesco del Nord-Reno/Westfalia, valutazioni basate su criteri non dissimili da quelli ora previsti in Italia, i livelli di valutazione positiva sono 4 ed il livello di "eccellente" viene approssimativamente raggiunto da un numero di magistrati che varia tra il 5-10%. Per più dettagliate informazioni sui sistemi di valutazione in Germania ed altri paesi europei vedi G. DI FEDERICO (2), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe*: *Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain, Bologna*, 2005.

[727] D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, col titolo "L'evoluzione della disciplina giudiziaria nei paesi democratici", Cedam 2011, pag. 9 e ss.

Come è noto, il D. L.vo n. 160/2006 - come modificato dagli artt. 1 e 2 della Legge n. 111/2007 - ha trasformato un sistema disciplinare fino ad allora basato su regole dal contenuto generico ad una legge che in maniera articolata stabilisce quali siano i comportamenti dei magistrati passibili di sanzione disciplinare. La legge ha una struttura prescrittiva formalmente rigida[728] nel senso che possono essere sanzionati solo comportamenti da essa espressamente previsti, con la conseguenza che non possono essere sanzionati comportamenti che sono sostanzialmente lesivi dell'immagine di imparzialità e correttezza del magistrato[729].

Le valutazioni di professionalità sono disciplinate invece dalla Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, recante "*nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati, con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 24 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 marzo 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018*".

---

[728] G. DI FEDERICO (1), op. cit. pag. 2, osserva come in nessuno dei paesi democratici di cui si ha notizia il codice di condotta giudiziaria ha una struttura tanto rigida. Da un canto vi è in molti paesi la tendenza a rendere le regole di comportamento sempre più dettagliate sulla base delle esperienze maturate nel settore, d'altro canto tuttavia permane la convinzione che non tutto possa essere previsto in materia anche, ma non solo, perché il crescente rilievo politico, sociale ed economico della giurisdizione determina l'insorgere di nuove aspettative nei confronti dei comportamenti giudiziari. L'orientamento a prevedere norme di comportamento giudiziario dal contenuto prescrittivo generico viene anche giustificato con riferimento alla natura e agli obiettivi stessi dei codici di etica giudiziaria. Si sostiene cioè che un qualsiasi codice di etica o condotta giudiziaria per sua natura ha e non può non avere come obiettivo primario quello di "ispirare i giudici ad aderire ai più alti standard di condotta […] mentre un altro obiettivo è quello di fornire norme da utilizzare a fini disciplinari". Una doppia finalità che appare anche nelle raccomandazioni formulate nell'ambito del Consiglio d'Europa. In altre parole i codici di condotta giudiziaria cercano di combinare nello stesso documento due obiettivi che sono in qualche misura tra loro confliggenti: servire da ispirazione e guida e nello stesso tempo fornire regole disciplinari. Di qui l'adozione di norme che consentono di sanzionare comportamenti non previsti ma che di fatto si possono rivelare gravemente lesivi dell'immagine della giustizia, cioè della stessa legittimazione della funzione giudiziaria. In tal caso si ritiene che le garanzie processuali offerte al giudice dalle procedure disciplinari la trasparenza del procedimento, l'adozione di efficaci strumenti proattivi ed il monitoraggio dell'attività disciplinare –che considereremo nei prossimi paragrafi- costituiscano comunque un valido strumento per la tutela della sua indipendenza. Per evitare che comportamenti lesivi dell'immagine di correttezza e imparzialità della magistratura rimangano impuniti perché non contemplati dalle norme del codice disciplinare è quindi necessario che anche da noi si inserisca in quel codice una "norme di chiusura" la quale preveda la punibilità di "qualsiasi altro comportamento che possa delegittimare la funzione giudiziaria".

[729] Particolarmente illuminante la nota n. 8 in cui G. DI FEDERICO (1), op. cit. pag. 3, riporta come «*di questo problema hanno ricorrentemente parlato i procuratori generali della Cassazione nei loro discorsi per l'inaugurazione dell'anno giudiziario o in sede CSM. Alcuni di essi senza fornire valutazioni altri con toni fortemente critici. Nella relazione del 2021 Il PG della cassazione, G. SALVI si è limitato ad osservare che "non è possibile ignorare che una tipizzazione imperfetta …può lasciare immuni da sanzioni condotte pur avvertite come lesive dei valori fondamentali del sistema disciplinare*". Meno asettici i toni usati da altri PG, come V. ESPOSITO, sia nella sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario del 2011 (alle pp. 33-34) sia nel corso di alcuni plenum del CSM. Ricordo due casi cui ho personalmente assistito: in un caso il Dott. ESPOSITO segnalava di aver spesso ricevuto segnalazioni che "denotano con evidenza cadute di stile, di mancanza di equilibrio" ma che tali casi vengono spesso archiviati perché non hanno "rilevanza disciplinare stante il principio di tassatività" delle norme disciplinari (v. verbale CSM, seduta antimeridiana del 17/02/2011, p. 22); nel secondo caso, dopo che il CSM aveva deciso di non rinnovare un incarico di presidente di sezione ad un magistrato anche a causa di comportamenti scorretti in udienza, il PG Esposito disse che in varie occasioni aveva dovuto archiviate casi di comportamenti non contemplati del codice disciplinare per i quali "*non solo la coscienza ma anche lo stomaco si rivolta"».*

La fondamentale premessa dell'apparato valutativo è che – ai sensi del comma 7 del capo II della Circolare - «*la valutazione di professionalità, riferita a periodi in cui il magistrato ha svolto funzioni giudicanti o requirenti, non può riguardare l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove*[730]».

Il capo V della circolare è dedicato agli indicatori dei parametri[731] di valutazione, tra i quali a noi interessa in particolare quanto previsto dal comma 2 lett. a), a tenore del quale gli indicatori della capacità sono costituiti dalla *chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi nella redazione dei provvedimenti giudiziari, in relazione ai presupposti di fatto e di diritto, nonchè dalla loro congruità rispetto ai problemi processuali o investigativi affrontati, come accertati dall'esame degli atti acquisiti a campione nonchè di quelli, eventualmente, prodotti dell'interessato*. Per i magistrati con funzione inquirente, inoltre, *gli indicatori della capacità derivano: a) dall'impiego di corrette tecniche di indagine, desumibili dai suindicati atti nonchè dal rapporto informativo del capo dell'ufficio relativamente alla generalità degli affari trattati*...c) *dall'esito, nelle successive fasi e nei gradi del procedimento, dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, relativi alla definizione di fasi procedimentali o processuali o all'adozione di misure cautelari*, accertato attraverso la comunicazione dei dirigenti degli uffici e da valutarsi, ove presenti caratteri di significativa anomalia, anche alla luce del rapporto esistente tra provvedimenti emessi o richiesti e provvedimenti non confermati o rigettati, rapporto da valutarsi altresì avuto riguardo alla tipologia ed alla natura degli affari trattati ed alla evoluzione giurisprudenziale...

Il capo VIII della circolare in esame prevede i criteri di giudizio in relazione ai singoli parametri di valutazione, tra i quali merita rilievo quanto previsto al comma 2, ovvero il parametro della capacità, che

[730] Il giudizio si forma sulla base di numerosi atti e documenti tra i quali, i più significativi sono: la c.d. "autorelazione", un documento in cui l'interessato dà conto di tutti gli elementi che ritiene necessario o utile sottoporre all'attenzione del Consiglio giudiziario e del CSM relativamente ai profili oggetto di valutazione; gli atti e i provvedimenti del magistrato, nonché i verbali di udienza, acquisiti "a campione" nell'ambito di quelli redatti nel quadriennio in valutazione; il c.d. "rapporto informativo", che consiste in una relazione sui diversi aspetti rilevanti ai fini della valutazione, redatta dal dirigente dell'ufficio di appartenenza del magistrato, il soggetto cioè che, per ruolo e vicinanza all'interessato, meglio ne conosce il profilo professionale; le statistiche inerenti il numero di provvedimenti redatti, i tempi di trattazione dei procedimenti, i tempi di deposito degli atti, anche in paragone con gli altri magistrati dell'ufficio; eventuali pubblicazioni scientifiche; eventuali segnalazioni del consiglio dell'ordine avvocati. Il Consiglio giudiziario redige il parere, sulla base degli atti sopraindicati, motivando specificamente sui diversi profili oggetto di valutazione e formulando un giudizio - che può essere "positivo", "carente", "gravemente carente" o "negativo" – su ciascuno degli elementi in cui si scompone la valutazione stessa, e un giudizio complessivo, sulla base dei singoli "giudizi parziali", che può essere positivo, non positivo, negativo. Tale parere non è vincolante per il CSM, che formula il giudizio finale ("positivo", "non positivo" o "negativo").

[731] In sintesi possiamo affermare, quanto al contenuto dei parametri, che ad esempio, la capacità non coincida affatto con la mera conoscenza del diritto e neppure con le modalità di redazione dei provvedimenti giudiziari: accanto a tali aspetti, ovviamente necessari, vi sono la conduzione delle udienze, l'idoneità a utilizzare, dirigere e controllare i collaboratori e gli ausiliari, l'attitudine a cooperare, a svolgere funzioni di direzione amministrativa, la capacità di sinergia e coordinamento con soggetti istituzionali, il comprovato possesso di competenze interdisciplinari di possibile rilievo nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

può essere "positivo (2.1.) *quando. «...sono accertate, nei provvedimenti esaminati, la chiarezza, la completezza espositiva e la capacità di sintesi in relazione ai presupposti di fatto e di diritto e la loro congruità in relazione ai problemi processuali o investigativi affrontati, nonchè, per i magistrati inquirenti, anche l'utilizzazione di corrette tecniche di indagine...»* e soprattutto, «*...non risulta che una parte significativa dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, e relativi all'adozione di misure cautelari o alla definizione di fasi procedimentali o processuali, ha ricevuto un esito negativo nelle successive fasi o nei gradi del procedimento, per ragioni addebitabili al magistrato in valutazione*...».
Non tutti questi aspetti[732], per una problematicità collegata ai tempi del processo e alla parziale informatizzazione dei procedimenti giudiziari, sono di solito concretamente accertati. Ad esempio, il possesso di tecniche di argomentazione e di indagine non viene abitualmente valutato "*anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento*", e ciò a prescindere dal tema delicato della riforma della sentenza quale elemento sintomatico di un errore giudiziario[733].

> Secondo Pasquale SERRAO D'AQUINO[734] un magistrato tecnocratico, chiuso in sé stesso e nel proprio (presunto) sapere giuridico non è, né secondo la normativa primaria né quella secondaria, un *buon magistrato*. L'assenza dei prerequisiti obbliga ad una valutazione che deve essere necessariamente di segno negativo, senza alcuna possibilità di compensazione tra capacità tecnica o laboriosità e difetto degli elementi necessari a garantire la rispondenza al modello costituzionale di giudice indipendente e terzo, nonché a quello di giudice "equilibrato". Il magistrato *professore*, anche se tale profilo viene valorizzato in modo non pertinente in alcuni rapporti di dirigenti, non è un modello prescelto dal legislatore, tanto è vero che le pubblicazioni di provvedimenti giudiziari o di altri contributi aventi rilievo scientifico e le relazioni a convegni giuridici sono solo uno degli strumenti idonei a "dimostrare l'aggiornamento dottrinale e giurisprudenziale", sempre "che abbiano comportato un arricchimento del lavoro giudiziario".

Le norme che regolano la valutazione di professionalità[735] disegnano, quindi, indirettamente ma con grande chiarezza, quale siano le caratteristiche del lavoro del giudice: una ricerca di un punto di equilibrio tra efficienza del servizio, mediante attenzione al dato quantitativo e qualità del lavoro; il possesso di

[732] P. SERRAO D'AQUINO, *Le valutazioni di professionalità dei magistrati*, in www.giustiziainsieme.it, , 23.9.2020, pag. 4.

[733] Anche la stessa tecnica di redazione dei provvedimenti giudiziari, ferma restando l'assoluta libertà di decisione e di contenuto, viene improntata ad un modello di giudice contemporaneo, privo di ogni referenzialità: essa va apprezzata, tenendo conto quali indicatori della "chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi nella redazione dei provvedimenti giudiziari, in relazione ai presupposti di fatto e di diritto, nonché alla loro congruità rispetto ai problemi processuali o investigativi affrontati". In poche parole, la sentenza trattato, il cui contenuto è in buona parte svincolato dalle emergenze processuali e dalle questioni che in concreto devono essere risolte non è una buona sentenza ai fini della valutazione di professionalità e non lo è neppure per il conseguimento delle funzioni di legittimità alle quali è storicamente legata.

[734] P. SERRAO D'AQUINO, op. cit. pag. 8.

[735] G. DI FEDERICO (1), *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in Questione Giustizia, 22.9.2021.

adeguate tecniche argomentative, nonché, aspetto essenziale, di congruenza della motivazione e quindi della decisione, ai fatti emersi nel processo, capacità di lavoro di equipe.

Ai nostri fini invece, possiamo rilevare come prima della riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario, l'esito dei provvedimenti emessi dal Giudice e delle indagini condotte dal P.M. assumesse un rilievo indiretto, sfumato, in ordine alla valutazione di professionalità, al contrario di sistemi dove l'esercizio dell'azione penale non è obbligatorio, come quello statunitense[736].

[736] Nel sistema processuale statunitense – dove l'esercizio dell'azione penale è discrezionale - il tasso di condanna costituisce da sempre tra i più importanti fattori posti a base della valutazione di professionalità del pubblico ministero, anche se questo sistema sta cambiando in alcune aree della Federazione essendo al centro di un intenso dibattito la politica della pubblica accusa. Non in tutte le giurisdizioni degli Stati il tasso di condanna assume lo stesso peso, in molte delle quali invece la progressione di carriera del pubblico ministero è legata all'esperienza, anche quella economica. Ad esempio, nello Stato del Texas, il trattamento economico del magistrato inquirente viene parametrato all'anzianità di servizio, con un tetto massimo fissato in 10 anni, raggiunti i quali lo stipendio non subisce variazioni, indipendentemente dalle performances. Già dieci anni fa nello Stato del Colorado la dottrina sollevava interrogativi sull'utilizzo del patteggiamento non tanto e non solo per finalità deflattiva, quanto per agevolare la progressione di carriera del magistrato inquirente, il quale, a fronte di un numero rilevante di processi non celebrati perché definiti mediante "ammissione di responsabilità" ovvero patteggiamento, aumenta il proprio personale *score* di successo, e consente allo Stato di risparmiare gli ingenti costi della macchina della giustizia. L'imputato, dal canto suo, accettando la definizione mediante patteggiamento, si dichiara colpevole di un reato più lieve rispetto a quello per il quale potrebbe essere tratto a processo. Non bisogna certo trascurare che i pubblici ministeri sono di natura elettiva ai più alti livelli, in particolare negli Stati, mentre quelli ordinari ("line prosecutors") non vengono eletti, ma assunti dagli Uffici del dipartimento e quindi promossi attraverso il sistema burocratico. A livello federale, la leadership della magistratura inquirente non è eletta, ma nominata dal Presidente, quindi le pressioni elettive contano, ma indirettamente. E poi, e soprattutto, vi è da considerare che nel sistema processuale penale statunitense non vi è obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. I pubblici ministeri godono della più ampia discrezione nella selezione dei processi da coltivare contro il singolo soggetto e addirittura nella scelta dei reati da perseguire a livello sistemico. Esistono naturalmente dei principi generali per quanto concerne l'amministrazione della giustizia da parte della Procura Federale del Dipartimento di Giustizia - *Principles of federal prosecution*, The United States Department of Justice, www.justice.gov.org.- disciplina che ovviamente vale solo per i pubblici ministeri federali, non anche per i pubblici ministeri statali, circostanza che spiega perché non vi sono molti riferimenti alla discrezionalità. Si deve peraltro rilevare come negli USA non esiste un unico insieme di linee guida per quanto riguarda il modo in cui i pubblici ministeri esercitano la loro discrezionalità. I singoli uffici locali possono stabilire linee guida e politiche per i propri uffici, ma queste possono variare notevolmente da Stato a Stato. Inoltre, non tutti gli uffici del pubblico ministero rilasciano linee guida. La decisione di incriminare qualcuno (o no) può dipendere dal giudizio del singolo pubblico ministero. Recentemente, il Procuratore distrettuale di Boston, Rachael ROLLINS - The Rachael Rollins Policy memo, march 2019, Suffolk County District Attourney, pag. 1-66 -procuratore distrettuale della contea di Suffolk, Massachussetts (che include Boston) - ha reso pubblico un elenco di reati che il suo Ufficio – per decisione di politica giudiziaria - non avrebbe più inteso perseguire, nonostante avesse ad oggetto condotte costituenti ancora reato, non depenalizzate o abrogate dal Legislatore. Analogamente Marilyn MOSBY - States attorney Marilyn Mosby Instructs her office to strongly consider prosecutorial discretion for cases involving immigrant defendants, witness, and victims, 5.4.2017, stattorney.org. - il procuratore dello Stato di Baltimore, la quale ha rivendicato una politica di utilizzo della discrezione dell'accusa per ridurre il numero di accuse di alcuni crimini. Per quanto riguarda le informazioni generali sulla discrezionalità, si guardi all'articolo pubblicato da Micah SCHWARTZBACH sulla rivista NOLO - Micah SCHWARTZBACH, *Prosecutorial discretion: leeway for prosecutors in decisions about criminal charges*, in Nolo, 2021 - il quale fornisce alcune definizioni e concetti di base. Per quanto riguarda le posizioni della dottrina, in senso critico nei confronti del sistema di discrezione americano, si veda Bruce GREEN - Bruce A. GREEN, *Prosecutorial discretion: the difficulty and necessity of public inquiry*, in Dickinson Law Review, Spring 2019, pag. 1-39. mentre in senso favorevole, quanto ai vantaggi che derivano per il sistema giustizia in punto di efficienza dall'ampia discrezionalità della magistratura inquirente, si vedano gli articoli di Stephanos BIBAS - Stephanos BIBAS, *The need for prosecutorial discretion, Penn Law: legal scholarship repository*, 2010, p. 1-8.e Harvie WILKINSON - Hon J. Harvie WILKINSON III, *In defense of American criminal justice, 67 Vanderbilt Law Review*, May 2014, pag. 1-26 -. Recentemente, alcuni pubblici ministeri "progressisti"

4.3. Segue. La riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario.

Come è noto, con legge n. 71 del 17.6.2022 veniva approvata la legge recante "*Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura", in vigore del 21.6.2022.*

Il disegno di legge[737] - A.S. 2595 - approvato dalla Camera dei deputati, delegava al Governo la riforma dell'ordinamento giudiziario e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare e introduceva nuove norme, immediatamente precettive, in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura[738].

Particolarmente rilevante ai nostri fini[739] l'articolo 3 del Capo I della legge, che attiene, tra le altre: alla valutazione di professionalità dei magistrati e contiene principi e criteri direttivi in merito ai criteri di

hanno dichiarato pubblicamente come avrebbero usato la loro discrezionalità, facendo dichiarazioni politiche su quali crimini non dovrebbero essere perseguiti (o dovrebbero esserlo con minore intensità). Tale *modus operandi* riguarda più che altro pubblici ministeri di sinistra, e pertanto non dovrebbe essere visto come rappresentativo a livello nazionale. Anche i "line prosecutors" – magistrati inquirenti non eletti – godono di molta discrezione nella individuazione delle condotte di reato da perseguire. Deve sempre essere considerato che, dal punto di vista costituzionale, l'Ufficio del Pubblico Ministero non appartiene al potere giudiziario – come la magistratura giudicante – bensì al potere esecutivo, circostanza che spiega anche perché godono di ampia autonomia nell'esercizio dell'azione penale. In altri termini, la progressione di carriera nella magistratura giudicante prescinde dai criteri di progressione della magistratura inquirente, su cui non ha alcun tipo di potere quanto alle modalità di esercizio dell'azione penale ed in sede di patteggiamento sulla qualificazione del fatto.

[737] Dossier n. 299/4, Riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura, Scheda di lettura, servizio studi del Senato, pagg. 1-210, www.senato.it

[738] L'originario disegno di legge A.C. 2681 era stato presentato alla Camera nel settembre 2020 dal Ministro della Giustizia Bonafede (Governo Conte II) ed assegnato alla Commissione Giustizia che ne aveva avviato l'esame svolgendo altresì un ciclo di audizioni informali. Con il cambio di Governo, l'allora Ministra della Giustizia Cartabia aveva costituito una apposita commissione di studio per proporre modifiche da inserire nell'iter legislativo già avviato (si vedano i lavori della c.d. Commissione Luciani). Nel febbraio 2022 il Governo aveva dunque presentato i propri emendamenti al disegno di legge in relazione ai quali la Commissione Giustizia della Camera aveva poi svolto un ulteriore ciclo di audizioni informali. Nel corso dell'esame in sede referente erano stati approvati numerosi emendamenti. Il testo è stato approvato dall'Assemblea della Camera il 26 aprile 2022, trasmesso al Senato il 27 aprile 2022 e annunciato, lo stesso giorno, nella seduta n. 428 del Senato.

[739] Il disegno di legge A.S. 2595 è articolato in sei Capi. Il Capo I (articoli da 1 a 6) prevede una "delega al Governo per la riforma ordinamentale della magistratura". In particolare, l'articolo 1 prevede la delega e le procedure per il suo esercizio (da realizzare entro un anno dall'entrata in vigore della legge) e definisce l'oggetto dell'intervento riformatore. La delega mira alla riforma dei criteri di assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi, alla revisione del numero degli incarichi semidirettivi, alla revisione dei criteri di accesso alle funzioni di legittimità, del procedimento di approvazione delle tabelle organizzative degli uffici giudicanti e al riordino della disciplina del collocamento in posizione di fuori ruolo dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili...

valutazione della professionalità, tra i quali sono inseriti il "*rispetto dei programmi annuali di gestione dei procedimenti e l'esito degli affari nelle successive fasi del giudizio*"[740].

La norma che consente di agganciare il rispetto delle ragionevoli previsioni di condanna da parte dei magistrati alla riforma ordinamentale è anzitutto quella prevista dalla lettera g) dell'art. 3, secondo la quale, in sede di valutazione della capacità del magistrato (art. 11, co. 2, lett. a del d.lgs. n. 160 del 2006) il consiglio giudiziario "*deve acquisire informazioni necessarie ad accertare la sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi"* oltre che "*acquisire a campione i provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato nelle successive fasi*". Per il p.m. invece, l'art. 11, co. 2, lett. *a*) prevede che la capacità del magistrato, oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento, è riferita anche al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, «*anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio*».

Sulla scorta di tali norme quindi, potrebbe essere penalizzante per la carriera del P.M. non aver valutato correttamente l'insussistenza di ragionevoli previsioni di condanna in sede di archiviazione, alla luce dell'epilogo proscioglitivo o assolutorio del procedimento nelle fasi successive; per il GIP, il GUP e il Giudice della udienza predibattimentale, sarà invece penalizzante un epilogo proscioglitivo o assolutorio delle regiudicande non definite in tal senso.

Il problema sarà far rientrare tali fattispecie o cattive performances del magistrato in ordine al rispetto delle ragionevoli previsioni di condanna nell'area delle "gravi anomalie" di cui alla riforma.

Un ausilio in tal senso potrebbe derivare dalla lettera h) dell'art. 3 cit., a tenore della quale in sede di attuazione della delega sulle valutazioni di professionalità (ma anche ai fini dell'attribuzione degli

[740] In base alla lettera b) dell'art. 3 il Governo dovrà prevedere che ogni anno il CSM comunichi ai consigli dell'ordine degli avvocati interessati l'elenco nominativo dei magistrati che dovranno essere sottoposti a verifica. Ciò al fine di consentire: all'Avvocatura di esprimere per tempo le proprie segnalazioni sui magistrati, al Consiglio giudiziario – o al Consiglio direttivo della Corte di cassazione - di acquisire e valutare le segnalazioni dell'Avvocatura ai fini del parere da rendere al CSM. La lettera c) interviene sul tipo di giudizio che può essere espresso dal CSM in sede di valutazione, per specificare che il giudizio "positivo" deve essere articolato, secondo criteri che dovranno essere predeterminati, in più specifiche valutazioni - discreto, buono o ottimo – con particolare riferimento alle capacità organizzative del magistrato. Il C.S.M. aveva formulato osservazioni critiche sulla previsione di un giudizio ad hoc – graduato in discreto, buono e ottimo - sulla capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro che introduce un aspetto di comparazione estraneo alla procedura di valutazione incentrata sulla verifica della permanenza dei requisiti di capacità, laboriosità, diligenza e impegno e rischia di creare una classifica tra magistrati che potrebbe creare tensione negli uffici. La lettera d) richiede che in sede di valutazione della laboriosità del magistrato (art. 11, co. 2, lett. b) del d.lgs. n. 160 del 2006) si tenga conto del rispetto dei programmi annuali di gestione dei procedimenti ai fini di riduzione dell'arretrato e della durata dei procedimenti (art. 37, d.l. n. 98 del 2011, v. infra art. 14 d.d.l.). Il parere del Consiglio Superiore della Magistratura valutava non pertinente alla verifica della professionalità, il criterio del rispetto del programma di gestione ex art. 37 D.L. 98/2011, che attiene agli obiettivi di rendimento dell'intero ufficio e non del singolo magistrato.

incarichi direttivi, semidirettivi e delle funzioni di legittimità) il Governo dovrà prevedere l'istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato e raccordare tale disciplina con quella attuale del fascicolo personale del magistrato. Il fascicolo dovrà contenere, per ogni annualità, tra l'altro: dati statistici e documentazione sull'attività svolta (inclusa l'attività cautelare); dati sulla tempestività nell'adozione dei provvedimenti; eventuali anomalie relative all'esito degli affari trattati nelle fasi successive.

Tutto questo potrebbe essere una provocazione, oppure una sorta di incentivo a fare ancora meglio a una categoria – i magistrati italiani – che tutto il mondo giudiziario ci invidia.

E invece la riforma Cartabia non è stata accolta sul punto (ma anche in generale) con giubilo dalla magistratura, timorosa che si inneschino effetti indesiderati in punto di conformismo giudiziario e riduzione degli spazi di autonomia interpretativa connaturali alla decisione, nonostante il riformatore abbia ribadito che "*in nessun caso la valutazione può riguardare l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove"* [741].

5. Conclusioni: l'opportunità di includere, tra le "gravi anomalie" in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi, la mancanza di ragionevolezza nelle previsioni di condanna.

E invece la riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario offre il destro per proporre un incentivo alla messa in sicurezza del sistema, a rendere efficiente le modifiche oggetto della presente indagine.

[741] Secondo R. MAGI - *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in Questione Giustizia, 13.7.2022, pag. 2 - ad una prima osservazione, sembra che la preoccupazione del legislatore, rispetto al funzionamento attuale del "sistema" delle valutazioni di professionalità si sia diretta verso tre direzioni:

a) valorizzazione dei criteri aziendalistici tesi al raggiungimento degli obiettivi (stabiliti dai capi degli uffici) e al contenimento dei tempi della complessiva risposta alla domanda di giustizia;

b) apertura alla verifica effettiva di possibile anomalie di tipo qualitativo del lavoro svolto dal singolo magistrato, realizzata attraverso l'attribuzione (sia pure con modalità in larga misura vincolate alla volontà espressa dal COA) del diritto di voto unitario alla componente forense, attraverso il reperimento massivo di informazioni circa la "tenuta" dei provvedimenti emessi dal magistrato nelle fasi successive o in sede di impugnazione e attraverso la possibile valorizzazione della "grave anomalia";

c) incremento di poteri e responsabilità dei capi degli uffici, posto che il giudizio positivo espresso nel rapporto informativo apre la strada al procedimento semplificato, in ipotesi di condivisione dei contenuti da parte del consiglio giudiziario.

Se le premesse sono esatte, va anche affermato che tutte e tre le direttrici, ferma restando la necessaria concretizzazione della delega, toccano punti sensibili dell'architettura costituzionale della magistratura e se da un lato intercettano alcuni profili di sensibilità collettiva (chi non vorrebbe un giudizio rapido a tutela dei propri interessi, tenuto da un giudice che raramente sbaglia?), dall'altro rischiano di produrre rimedi (burocratizzazione, conformismo, verticismo) peggiori del preteso male da combattere. Un primo punto va, con forza, rimarcato.

Ci riferiamo in particolare al parametro di valutazione della capacità del magistrato, che oggi risente "dell'esito degli affari nelle successive fasi o gradi del procedimento o del giudizio", essendo previsto - art. 3 lett. g della legge - un flusso informativo che garantisca la conoscenza, da parte del Consiglio Giudiziario, delle "gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento" e, in ogni caso, l'estensione del campionamento ai provvedimenti emessi nella fase successiva del procedimento o del giudizio.

Non vi è dubbio che questa norma – interpretata come sopra - potrebbe infatti incidere sulla sensibilizzazione, da parte del magistrato, alla corretta applicazione del parametro delle ragionevoli previsioni di condanna, nel rispetto delle intenzioni del riformatore.

Si osserva[742] infatti come il quesito che ha più forti difficoltà di soluzione, riguarda proprio la concretizzazione, nel sistema dei valori costituzionali, del parametro della "grave anomalia" (in rapporto alla tenuta di iniziative o di decisioni nelle fasi o nei gradi successivi) come indicatore negativo di professionalità. Che si tratti di una esigenza avvertita dal legislatore, in presenza di un testo di legge che già conteneva una simile indicazione, è del tutto evidente, posto che ci si è spinti a rimarcare la esigenza di una provvista cognitiva costante, con la creazione del "fascicolo personale". Che sia complicato individuarne i contorni pratici è altrettanto evidente, visto che è rimasta in vigore, da un lato la previsione generale per cui la valutazione non può riguardare «*l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove*», dall'altro è stata rimarcata la necessità di considerazione di decisioni emesse in sede disciplinare, tra cui quelle che nel singolo caso abbiano accertato negligenze inescusabili produttive di travisamenti o gravi violazione di legge, così come la emissione di provvedimenti privi di motivazione.

Quale è allora lo spazio concreto della disposizione? si potrà applicare solo ai magistrati giudicanti o anche ai magistrati del pubblico ministero? Ipotizzando una collocazione di sistema, lì dove l'attività interpretativa in diritto del giudice è per regola costituzionale libera (tranne il caso del giudice del rinvio quanto al principio di diritto enunciato nella decisione rescindente della cassazione, su cui si vedano le – sempre attuali - affermazioni di Corte cost. n.50 del 1970) e quella di valutazione della prova è insindacabile per legge, ed escludendo l'ambito disciplinare (per le ragioni già dette), potrebbe trattarsi della «smentita seriale» di una iniziativa (la legge fa riferimento agli atti oltre che ai provvedimenti emessi nel "procedimento" e dunque chiama in causa anche l'atto di esercizio, o meno, dell'azione penale) o di una serie plurima di decisioni, intesa come «macrofenomeno» di non condivisione dei contenuti da parte degli organi giudicanti della fase o del grado successivo.

[742] R. MAGI, op. cit. pag. 4.

Se da un lato ciascun osservatore dei fatti giudiziari (nazionali o locali che siano) potrebbe farsi una propria idea e rintracciare una identificazione del fenomeno, dall'altro ne vanno – in ogni caso – segnalati i rischi.

> Secondo Raffaello MAGI[743], il primo rischio di considerare il vertice giudiziario (la Corte di Cassazione) come un supermarket rassicurante del precedente (si attagli o meno al caso di specie) cui appoggiarsi in modo acritico, in un contesto che vede sovente conflitti interpretativi e mutamenti di indirizzo nella stessa Corte di Cassazione (così come nella Corte Costituzionale e nelle Alte Corti sovranazionali come è normale che sia[7]), con rinunzia allo spazio di riflessione autonoma; ancora, rischio di innescare un pericoloso circuito solidaristico di 'non smentita' degli esiti della fase precedente, in una epoca storica non immune da fenomeni di corporativismo. Anche in tal caso sarebbero esiti paradossali e difformi, di certo, dalle intenzioni del legislatore, che si spinge tuttavia in concetti e definizioni da maneggiare con estrema ragionevolezza, consapevoli della complessità del fenomeno giurisdizionale. La vera anomalia, contro cui tutti siamo oggi chiamati a combattere è il rischio della superficialità nella valutazione dei fatti e quello della disattenzione ai diritti delle parti, dei cittadini che chiedono tutela o degli imputati. La vera anomalia, a nostro parere, è l'adesione acritica ad un precedente massimato senza che venga esaminato il caso che lo ha generato (magari diverso da quello che ci si trova a decidere). La vera anomalia è la presa di posizione individualistica, senza consapevolezza di essere parti di un sistema e senza confronto con i precedenti realmente utili alla soluzione del caso. E' sperabile che il nuovo sistema normativo crei effetti psicologici virtuosi in queste direzioni e che non si traduca in un vorticoso e inutile giro di informazioni tra i diversi uffici coinvolti.

Si potrebbe allora ritenere che nella nozione di "gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento" vi possa rientrare l'incapacità del magistrato di non essere ragionevole nelle previsioni di condanna, naturalmente distinguendo il tasso di riforma delle sentenze (per i giudici) e di accoglimento dell'esercizio dell'azione penale (per i pubblici ministeri).
Serve però un cambio di cultura del magistrato, altrimenti anche questa riforma suonerà come una frode delle etichette, non trattandosi di meccanica applicazione di un testo di legge ma di individuazione del reale senso della disposizione, in un quadro di interrelazioni costanti, che richiedono conoscenza delle fonti, sensibilità culturale e tensione verso l'aggiornamento.
Nessun processo riformatore potrà dare risultati effettivi, senza un riscatto culturale della magistratura[744], come ribadito in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024[745], dove è stata stigmatizzata

[743] R. MAGI, op. cit. pag. 5.

[744] A. NAPPI (2), *I "carichi esigibili" tra prospettiva istituzionale e allure sindacale*, in Questione Giustizia, 3.5.2022.

[745] F. PINELLI, *Intervento del vice Presidente del C.S.M. in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024*, in Sistema Penale, 26.1.2024, pag. 5, a proposito del "modello" di magistrato nella modernità, osserva come «*questo modello trova la sua declinazione dentro il rapporto di fiducia con i cittadini perché la legittimazione della funzione – per tornare al punto centrale – non risiede nell'attribuzione formale di essa, bensì nella rispondenza della funzione alle aspettative collettive. È allora compito del Consiglio Superiore scongiurare ogni caduta professionale frutto*

la "smisurata giuria pubblica" che sovente altera mediaticamente la valutazione dell'attività dei magistrati[746].

E allora, se secondo MONTESQUIEU *non esiste alcuna legge di cui il giudice possa essere meramente la bocca senza esserne in parte anche la mente*, la nostra indagine può fungere da stimolo per una riflessione su un vero cambio di rotta da parte di tutti gli operatori giudiziari, principalmente i magistrati, chiamati a iscrivere solo notizie di reato "pesanti" e a rinviare a giudizio solo gli imputati che "meritano il processo".

Se non ora quando?

dell'immiserimento della funzione ridotta a risposta "burocratica" priva di ogni autentica tensione al servizio dovuto. Dunque, un magistrato consapevole del potere che esercita, capace di ascoltare, sensibile alle ricadute della vicenda giudiziaria sulla vita delle persone, conscio del valore della puntualità della risposta giudiziaria. Del magistrato burocrate il cittadino diffida perché ne avverte l'assenza di cura. Si potrebbe dire: è il cittadino il giudice del giudice, non la sua corporazione; è questione di legittimazione, non certo di consenso».

[746] Ci riferiamo a L. PARLATO, op. cit., pag. 5, allorquando avverte che «*la valutazione dell'attività del pubblico ministero, ma anche della magistratura giudicante, non deve tuttavia essere alterata dal mediatico addebito di responsabilità che non li riguardano. Nell'ambito del diritto punitivo compito della magistratura è applicare la legge, accertare e giudicare i fatti-reato e gli illeciti disciplinari configurati come tali dal legislatore. La torsione verso un diritto punitivo etico ed un'ingenua concezione della sufficienza pedagogica della legge alimentano invece insoddisfazione per un'azione ritenuta talora blanda talora rigorosa sulla base di convincimenti personali, sganciati dal diritto positivo, che spesso sfociano in verdetti resi dalla «smisurata giuria pubblica» dei social media, che giudica in tempo reale, attraverso grotteschi simulacri di processi e plebisciti governati dalla sola logica dell'emotività, a rischio di manipolazione, accresciuto dall'intelligenza artificiale. L'importanza del controllo sociale sulla magistratura, coessenziale al fondamento dello Stato di diritto e della democrazia, è incontestabile. Tuttavia, va ribadito che «verità giudiziaria» è solo quella raggiunta nell'osservanza del giusto processo di legge celebrato da magistrati ed avvocati; pretendere di sostituirla con improbabili indagini, abnormi plebisciti, significa distruggere le basi dello Stato di diritto e delle nostre libertà. Al diritto punitivo non possono essere affidati compiti diversi da quelli propri...».*

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.
- ALVINO F., *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "Riforma Cartabia*", in Sistema Penale, n. 3/2022, pagg. 27-39.
- AMORE N., *L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo*, in Arch. Pen. fasc. n. 3/2022 (web), pagg. 1-58.
- AMBROSETTI F., *La responsabilità penale senza pace dalla Balduzzi alla Gelli*, in *La responsabilità medica*, (diretto da) P. Cendon, (a cura di) N. Todeschini, Parte VII, UTET giuridica, II ed. agg. 2019.
- APRATI R. (1), *Le indagini preliminari nel progetto di legge delega della Commissione Lattanzi – art. 3, lett. a), c), d), e), e-bis), e-ter), e-quater), h), i), i-bis), i-ter), i-quater)*, in www.giustiziainsieme.it, 1.7.2021, pagg. 1-16.
- APRATI R. (2) *Notizia di reato*, in G. GARUTI (a cura di), *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III, Utet, Torino, 2009.
- APRATI R. (3), *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010.
- APRILE E., *L'udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 2005.
- ARCARO M. - *Dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna: cambia la regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere*, in Penale diritto e procedura, 21.7.2022, pagg. 1-38.
- ARENA A. I., *Rileggendo Montesquieu. Alcune osservazioni sulla soggezione del giudice alla legge*, in Costituzionalismo.it, 24.11.2023, pagg. 1-15.
- ARICÒ G., voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.
- BECCAGLIA S., *La deflazione dell'udienza preliminare riformata: primi riscontri applicativi*, in Arch. Pen. (web), fasc. n. 3/2023, pagg. 1-31.
- BELVEDERI R., *artt. 408 e 425 c.p.p.: il nuovo criterio applicabile all'archiviazione delle notizie di reato e alle sentenze di non luogo a procedere*, in Dir. Giust. e cost., 10 gennaio 2023, pag. 1-10.
- BETTIOL E., *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936.
- BIBAS S., *The need for prosecutorial discretion, Penn Law: legal scholarship repository*, 2010, p. 1-8.
- BLAIOTTA R. - *Predizione*, in C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Giuffrè, 2022.

- BLAIOTTA R., CARLIZZI G., *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA. VV., *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Canzio G. e Luparia L.), Cedam, Wolters Kluwer, 2017.
- BOBBIO N. - *La certezza del diritto è un mito*? in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 28, 1951.
- BONIOLO G. - GENNARI G., *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sistema Penale*, 10/2021, pagg. 86-104.
- BONTEMPELLI M., *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2021, p. 1149-1153.
- BRICOLA F., *Riforma del processo penale e profili del diritto penale sostanziale*, in Ind. pen., 1989, pagg. 313-330.
- BRICCHETTI R.G., sub art. 425, in A. Giarda-G. Spangher, (a cura di), *Codice di procedura penale*, cit. t., II, p. 3130-3160.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011.
- BUSETTO M., Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione, in Arch. Pen., fasc. 1/2023 (web), pag. 1-8.
- CABIALE A. - QUATTROCOLO S., *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in giustiziainsieme.it., 9 gennaio 2023, pagg. 1-18.
- CAMON A., *Registrazione della notizia di reato e tempi dell'indagine*, in Arch. Pen., fasc. 1/2023 (web), pagg. 1-34.
- CANZIO G. (1), *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in Sistema Penale, 14.2.2022, pagg. 1-13.
- CANZIO G. (2), *Il progetto "Riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in Criminalia, annuario di scienze penalistiche, 2007, pagg. 167-185.
- CANZIO G. (3), *A vent'anni dalla sentenza "franzese*", in Sistema Penale, 12.9.2022, pagg. 1-11.
- CAPRIOLI F. - *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, pag. 300-326.
- CARLI L. (1), La «*notitia criminis» e la sua iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p*., in Dir. pen. proc., 1995, p. 730-750.
- CARLI L. (2), *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma della procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1995, p. 241-270.
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Jovene, Napoli, 1960.
- CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Tip. Giusti, Lucca, 1870.

- CARTABIA M., *Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese*, in Sistema Penale, 31.5.2021, pagg. 1-5.
- CARTABIA M., *Relazione annuale al Parlamento della Ministra della Giustizia*, 19.1.2022, in www.giustizia.it, pagg. 1-18.
- CASSANO M., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023*, in Sistema Penale, 26.1.2024, pagg. 1-24.
- CAVALLINI D., *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011.
- CECCHI M., *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in Arch. pen., fasc. 2/2022 (web), pagg. 1-32.
- CIANCHELLA V. - *La "vita" delle investigazioni*, in CIANCHELLA V. - MADEO A., *Guida pratica operativa alle investigazioni*, IV ed., CEDAM, WKI 2023, pagg. 11-34.
- COCCO G., *L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari*, in Sistema Penale, 25.1.2024, pagg. 1-20.
- CORDA A., *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affirmative defenses*, in RIDPP 2015, pagg. 242-270.
- CORDERO F. (1), *Procedura Penale*, Milano 1998, IV ed.
- CORDERO F. (2), *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, pagg. 930-958.
- CORDERO F. (3), *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano, 1967.
- CORETTI G., *La ragionevole durata delle indagini alla luce della riforma Cartabia: nihil sub (italico) sole novum*, in Arch. Pen., fasc. n. 2/2022 (web), pagg. 1-21.
- COSTANZI C. - "*La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*" in Questione Giustizia vol.4/18, pagg. 1-18.
- CUPELLI C. (1), *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in Sistema Penale, 23.1.2023, pagg. 1-6.
- C. CUPELLI (2), *L'abuso d'ufficio, in Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.,* (a cura di) B. Romano, A. Marandola, Wolters Kluwer, CEDAM, 2020.
- CUPELLI C. (3) *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali*, in B. Romano (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019.
- D'ALESSANDRO F., *Contibuti del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in Riv. It. Med. Leg., 2014, pagg. 927-951.

- D'ASCOLA V. N., in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2018.
- DALIA A. A. DALIA - FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, X ed., 2018, CEDAM.
- DAMASKA M., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- DAMOSSO F.M. - *Quale spazio per la seria probabilità di prescrizione nella formulazione della "ragionevole previsione di condanna"? una recente ordinanza del GIP di Siena*, in Sistema Penale, 24.1.2024, pagg. 1-6.
- DANIELE M. (1), *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in Sistema Penale, 16.1.2023, pagg. 1-14.
- DANIELE M. (2), *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in Sistema Penale, fasc. 7-8/2023, pagg. 19-36.
- DANIELE M. (3), *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in Sistema penale, fasc. 1/2020, 1, pagg. 131-144.
- DE FLAMMINEIS S., La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero, in Sistema Penale, 23.5.23, pagg. 1-19.
- DELITALA G., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976.
- DE CARO A. (1), *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in Arch. Pen., fasc. n. 3/2022 (web), pag. 1-28.
- DE CARO A. (2), *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in Dir. pen. proc., 2021, 520-538.
- DE FRANCO E., *La riforma c.d. "Cartabia" in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini*, in Questione Giustizia, 19.12.2022, pagg. 1-18.
- DE LILLO A., AA. VV., *Metodi e tecniche della ricerca sociale*, Pearson, 2020.
- DEL COCO R., *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in Proc. pen. giust., 2022, pagg. 80-98.
- DELLA MONICA G., *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in Arch. Pen. 2/2023, pag. 1-26.
- DI FEDERICO G. (1), *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in Questione Giustizia, 22.9.2021, pagg. 1-10.
- G. DI FEDERICO (2), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe*: *Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain, Bologna*, 2005.

- DI GIOVINE O., *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale* (a cura di De Cataldo Neuburger), Cedam Padova, 2007.
- DI LALLA I., voce *Notizia di reato*, in Digesto disc. Pen., Utet, 1991.
- DI VIZIO F., *Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell'inutilità dei processi senza condanna*, in DisCrimen, 12.11.2022, pagg. 1-36.
- DINACCI F., Regole di giudizio (Dir. proc. pen.), in Arch. pen., 2013, pagg. 1-25.
- DINACCI U., *Linee sistematiche della nuova preistruzione penale*, Cedam, Padova, 1976.
- DOMINIONI O. (1) - *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985.
- DOMINIONI O. (2), Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria, in www.penaledp.it, 27 maggio 2020, pagg. 1-20.
- DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1984, 192-215.
- Dossier n. 299/4, Riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio superiore della magistratura, Scheda di lettura, servizio studi del Senato, pagg. 1-210, www.senato.it
- DUBOLINO P., voce *Notizia di reato*, in Dig. disc. pen., Agg. I, Utet, Torino, 2000.
- FALCONE G. - TURONE G. - *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, Consiglio Superiore della Magistratura, Suppl. n. 2 al n. 3, maggio/giugno 1982.
  FENDER J., DA Chambers offers bonuses for prosecutors who hit conviction targets, The Denver Post, 23.3.2011.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, IX ed., 2008.
- FERRUA P. (3), *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in Cass. pen., 2020, pagg. 2640-2662
- FERRUA P. (1), *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.discrimen.it, 12.7.2021, pagg. 1-8.
- FERRUA P. (2), *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in Discrimen, 16.12.2020, pagg. 1-15.
- FIANDACA G., *Fatto nel diritto penale*, in Dig. disc. pen., vol. V, Torino 1991.
- FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- FOSCHINI G., *Sistema del diritto processuale penale*, vol. II, II ed., Giuffrè, Milano, 1968.
- FURFARO, *Il fatto come oggetto di prova*, in *La prova penale*, (a cura di) Gaito, I, Torino, 2008.
- GAITO A. - LANDI R., "L'altare e le (forse inevitabili) vittime". Osservazioni sul processo penale a' la Cartabia, in Arch. Pen. n. 2/2022, pag. 1-23.

- GALANTINI N., *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in Diritto penale contemporaneo, 2019, pag. 1-16.
- GALLUCCIO A., *Chilling effect*, Studi in onore di Carlo Enrico PALIERO, Milano, 2022.
- GAMBARDELLA M., *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio*", in Sistema Penale, 26.9.2023, pagg. 1-6.
- GAMBERINI A., *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in Diritto Penale Contemporaneo, pagg. 1-12, 31.3.2016.
- GARGANI A. (1), *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Le origini della tipicità penale, Giuffrè 2007.
- GARGANI A. (2), *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, Criminalia, 2016.
- GARGANI A., *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen*., 2013, pp. 840-862.
- GARUTI G., *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in Arch. Pen. n. 3/2022, pagg. 1-16.
- GATTA G.L. (1), *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "Legge Cartabia",* in Sistema Penale, 15.10.2021, pagg. 1-8.
- GATTA G.L. (2), *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2020 par. 4.3.
- G.L. GATTA (3), *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in Sistema Penale, fasc. n. 5/2023, pagg. 168-173.
- GIALUZ M., *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia. Profili processuali*, in Sistema Penale, 2.11.2022, pagg. 1-91.
- GIALUZ M. - DELLA TORRE J., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022.
- GIANFORMAGGIO L. - *Certezza del diritto* (1986), in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.
- GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019.
- GIOSTRA G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Editori Laterza, 2021.
- GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971.
- GIUNCHEDI F., *Fatto* (*dir. proc. pen*.), I agg., *Digesto disc. pen*. 2008.
- GREEN B.A., *Prosecutorial discretion: the difficulty and necessity of public inquiry*, in Dickinson Law Review, Spring 2019, pag. 1-39.

- GREVI V., Prove, in CONSO G. - GREVI V. (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1996.
- HASSEMER W, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, 2007.
- ILLUMINATI G., *Alla ricerca di un processo penale efficiente, in Rivista di diritto processuale*, n. 4/2022, pagg. 1-9.
- INTRIERI C.– L. VIOLA - *Ragionevole previsione di condanna e giustizia predittiva: una modesta proposta per la riforma dell'art. 425 c.p.p., www.giustiziainsieme.it*, 1.2.2022, pagg. 1-10.
- KOSTORIS R., *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in www.sistemapenale.it, 23 luglio 2021, pagg. 1-18.
- LA ROCCA E. N., *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in Archivio Penale, n. 3/2021, pagg. 1-23.
- LATTANZI G., *Sulla proposta abolizione del reato di abuso d'ufficio*. *Note critiche*, in Sistema Penale, 20.9.2023, pagg. 1-6.
- LOPEZ R., *La "cestinazione" delle notizie non costituenti reato, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020.*
- LOZZI G., *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*, in RIDPP 2010, 1, pagg. 415-430.
- MACCORA E., BATTARINO G. (1), *Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma*, in Quest. giust., 2021, 4, pagg. 135-150.
- MACCORA E., BATTARINO G. (2) – *La nuova udienza preliminare tra interpretazione normativa e interpretazione organizzativa*, in Questione Giustizia 2/2023, pag. 1-7.
- MADEO A. (1), *La responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie (cap. II),* in Responsabilità professionale e aspetti medico-legali per i professionisti della riabilitazione (a cura di) V. SANTILLI, Sapienza Università Editrice, 2016.
- MADEO A. (2), *La riforma dell'abuso d'ufficio tra esigenze di semplificazione e burocrazia difensiva*, in Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, n. 4 del 2020, pagg. 85-116.
- MAFFEO V., *Iscrizione della notizia di reato, prassi anomale e impiego delle indagini: ineffettività dei rimedi*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020.
- MAGI R., *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in Questioni Giustizia, 13.7.2022, pagg. 1-10.
- MANES V., *La "giustizia penale mediatica": "effetti perversi" sul piano sostanziale*, Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Milano, 2022.

- MANZIONE D., *Sub art. 425 c.p.p.,* in Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991.
- MARANDOLA A. (1), *Notizia di reato e indagini preliminari*, in Cass. pen., 1999, p. 3450-3472.
- MARANDOLA A. (2), *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Cedam, Padova, 2001.
- MARINUCCI G. - *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico- criminali*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1983, p. 1207-1225.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MARZADURI E., La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale, in www.lalegislazionepenale.eu, 25 gennaio 2022, pagg. 1-25.
- MAURO A., in *Relazione su novità normativa, La Riforma Cartabia*, a cura dell'Ufficio del massimario della Corte Suprema di Cassazione, Rel. N. 2/2023, 5.1.2023.
- MAZZA O. (1) - *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in Arch. Pen. n. 2/2022, pagg. 1-18.
- MAZZA O. (2), *Tradimenti di un codice: la procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020.
- MENNA M., *L'inquadramento della regola di giudizio del n.l.p. tra passato e presente dell'u.p.,* in Arch. pen. fasc. 1-2023, pagg. 1-20.
- MORELLI F., *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in Sistema Penale, 5/2023, pag. 23-36.
- MORO A., *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951.
- NAIMOLI C. - *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc*., 2022, pagg. 1-18.
- NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola),* in Riv. It. Dir. proc. pen., 1995, pagg. 650-676.
- NAPPI A. (1), *Etica, deontologia e funzioni giudiziarie: tra efficienza, percezione ed effettività*, in Questione Giustizia, 18.7.2022, pagg. 1-10.
- NAPPI A. (2), *I "carichi esigibili" tra prospettiva istituzionale e allure sindacale*, in Questione Giustizia, 3.5.2022, pagg. 1-6.
- NATALE A. - *Ragionevole previsione di condanna e ragionevole prognosi di prescrizione: un'ordinanza del GIP di Siena*, in Questione Giustizia, 30.11.2023, pagg. 1-6.

- NATALINI A., *Relazione n. 35/21 sugli artt. 3 e 3 bis della legge 28.5.2021 n. 76,* a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, 21.6.21, p. 1-22.
- NEGRI D., *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004.
- NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20.11.2020, pagg. 1-18.
- ORLANDI R. (1), *inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 565-580.
- ORLANDI R. (2) - *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in DisCrimen, 16 luglio 2021, pagg. 1-10.
- ORSI N. G., *Le indagini e l'udienza preliminare nel processo a carico degli enti a seguito della riforma Cartabia*, in Sistema Penale, n. 10/2023, pagg. 103-118.
- PADOVANI T. (1), *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in Indice Penale, 1999, 530-552.
- PADOVANI T. (2), *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, 453-476.
- PAGLIARO A., *Fatto (dir. proc. pen.),* Encicl dir. XVI, Milano, 1967.
- PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale,* (a cura di) E. Dolcini-C.E. Paliero, Giuffrè 2006.
- PALAZZO F., *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, in Pubblico Ministero e Stato di Diritto in Europa, in Questione Giustizia, n. II/2021, pagg. 1-15.
- PALIERO C. E. (1), *Quale diritto per quale processo*? in AA. VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa,* a cura di FOFFANI L. e ORLANDI R., Bologna 2016.
- PALIERO C. E. (2), *Minima non curat praetor, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO C.E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito,* a cura di Perini-Consulich, MILANO, 2006.
- PANIZZA S., *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio… nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, *Questione Giustizia,* 5 gennaio 2022, pagg. 1-10.
- PELISSERO M., *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite*, in Sistema Penale, 18.9.2023, pagg. 1-10.

- PERONGINI S., *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, in A.R. CASTALDO, (a cura di), *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2018.
- PAOLOZZI G., "*A vocazione efficientista": il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150,* in www.sistemapenale.it, 20.6.2023, pagg. 1-15.
- PAPA M, *Fantastic Voyage, attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Giappichelli, 2019.
- PAULESU P., voce *Notizia di reato*, in Dig. disc. pen., Agg. VI, Utet, Torino, 2011.
- Parere sullo schema di decreto legislativo recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, delibera del 22.9.2022, in www.csm.it, pagg. 9 e ss.
- PETTOELLO MANTOVANI L., *Aspetti problematici della scienza penalistica,* Giuffrè, Milano, 1983.
- PICINALI F., *Tra concetto e prova: le interazioni del diritto penale con l'epistemologia giudiziaria,* PhD Thesi, Università di Trento, 2010, pagg. 1-251.
- PIERGALLINI C., *Il "penale" senza diritto?*, in C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich,, Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, *Giuffrè, 2022.*
- PIERGALLINI C., *La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in RIDPP 2007, 590-605.
- PINELLI F., *Intervento del vice Presidente del C.S.M. in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024*, in Sistema Penale, 26.1.2024, pagg. 1-8.
- PINO G., la ragionevolezza nel diritto, Teoria analitica del *diritto* I. La norma giuridica, Ets, Pisa, 2016.
- PIRAS P. (1), *La riforma Cartabia per prevenire la "sindrome clinico-giudiziario". A proposito d'indizi e d'iscrizione nel registro degli indagati, in* Sistema Penale 8.2.2023, pagg. 1-6.
- PIRAS P. (2), *La proposta di legge Matone sulla responsabilità sanitaria e le conseguenze della sua approvazione*, in Sistema Penale, 18.1.2024, pagg. 1-6.
- Procura Generale della Corte di Cassazione, *Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs. n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*, 19.1.2023, pagg. 1-48, www.sistemapenale.it
- PULITANÒ D. (2), *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2005, 954, 955-970.
- PULITANÒ D. (1), *L'avvio della nuova legislatura e i problemi del penale*, in Sistema Penale, 23.12.2022, pagg. 1-10.

- *Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, pag. 77, 10.8.2022.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale, scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.
- *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* - in Suppl. ord. n. 2 alla Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 250, 24.10.1988.
- *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150,* in Gazzetta Ufficiale, Supplemento straordinario n. 5, Serie Generale n. 245 del 19.10.2022, pagg. 177-597.
- *Relazione annuale al Parlamento della Ministra Marta Cartabia sull'amministrazione della giustizia*, in Sistema Penale, 19.1.2022.
- *Relazione per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, in Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, Parte I, 19.10.1930.
- *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L.A.C. 2435* (Commissione Lattanzi sulla riforma del processo penale), 24.5.2021, in Sistema Penale.
- *Relazione n. 35/21 sugli artt. 3 e 3 bis della legge 28.5.2021 n. 76*, a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, 21.6.21, p. 1-22, in Sistema Penale.
- *Relazione illustrativa al d.l. n. 44 del 2021, sub art. 3 e 3 bis, in* Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Atto Senato n. 2167, pag. 3.
- M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.
- ROSSI N. (1), *Iscrivere tempestivamente le notizie di reato. Il P.M. in bilico tra precetti virtuosi e potenti remore*? in Questione giustizia on line, 18.6.2021, pagg. 1-10.
- ROSSI N. (2), *Separare le carriere di giudici e pubblici ministeri o riscrivere i rapporti tra poteri*? In Sistema Penale, 16.11.2023, pagg. 1-6.
- ROSSI G., *Spunti critici sulla nuova regola di giudizio della "ragionevole previsione di condanna*", in Arch. pen. 3-2022, pagg. 1-18.
- RUGGIERO R. A., *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio,* Giappichelli, 2013.
- RUTA G., *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, in Questione Giustizia, 20.1.2022, pagg. 1-10.
- SALVATO L., *Intervento del procuratore generale della corte suprema di cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell' anno 2023*, www.cortedicassazione.it.
- SALVI G., *Intervento del procuratore generale della corte suprema di cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell' anno 2019*, www.cortedicassazione.it.

- SALVI G., *L'art. 112 della Costituzione*, Commentario, in www.lamagistratura.it , 5.2.2022.
- SANTORIELLO C., *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in Arch. Pen. n. 2/2022, pag. 1-25.
- SBRICCOLI M., *Storia del diritto penale e della giustizia*, in *Storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 88, Giuffrè.
- SCALFATI A., *Il fermento pre-investigativo*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020.
- SCHENA G., *La registrazione della notizia di reato alla luce della Circolare Pignatone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, p. 790-815.
- SCHWARTZBACH M., *Prosecutorial discretion: leeway for prosecutors in decisions about criminal charges*, in Nolo, 2021.
- SCOMPARIN, *Un ambizioso decreto-legge di fine legislatura alla ricerca di una giustizia penale "efficace" ed "efficiente*", in Leg. pen., 2001, 305-320-
- SERRAO D'AQUINO P., *Le valutazioni di professionalità dei magistrati*, in www.giustiziainsieme.it, pagg. 1-27.
- SOTIS C. (1), *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione* in *L'Indice penale*, 2017, p. 597-613, ISSN: 0019-7084.
- SOTIS C. (2), *Vincolo di rubrica e tipicità penale* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffré, 2017, *pp. 1346-1390*. ISSN: 0557, pagg. 1346-1390.
- SOTIS C. (3), *Efficienza (in diritto penale)*, in Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, Milano, 2022.
- SOTIS C. (5) *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come "programmi di azione*", in Dir. pen. e proc., n. 9, 2009, pp. 1149-1157.
- SOTIS C. (4), "*Ragionevoli prevedibilità", e giurisprudenza della Corte Edu*, in Questione Giustizia, 4/2018, pagg. 68-78.
- SPANGHER G. (1), *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, in www.giustiziainsieme.it , 9.2.2022, pagg. 1-8.
- SPANGHER G. (2), *La pratica del processo penale*, vol. II, Cedam, Padova, 2012
- SPATARO A., *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27.9.2021 n. 134*, in Questione Giustizia, 20.12.2021, pagg. 1-8.
- States attorney Marilyn Mosby Instructs her office to strongly consider prosecutorial discretion for cases involving immigrant defendants, witness, and victims, 5.4.2017, stattorney.org.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003.

- The Rachael Rollins Policy memo, march 2019, Suffolk County District Attourney, pag. 1-66.
- TABASCO G., *Annotazione tardiva della notitia criminis "soggettivizzata" e autodifesa*, in Pre-investigazioni (espedienti e mezzi), a cura di Scalfati, Torino, 2020.
- TARUFFO M., *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020.
- TAVASSI L., - *L'onere della prova nel processo penale*, Milano, 2020.
- TESTUZZA C., *Lo scudo penale per i sanitari: ipotesi ben accolta dai medici ma da "maneggiare con cura*", Il Sole 24 ore (versione Web), 12.1.2024.
- TONINI P., *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, Dir. pen. e proc., 2012, 1225-1245.
- TRANCHINA G., *Il procedimento per le indagini preliminari*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006.
- TRIGGIANI N., *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in Arch. Pen. n. 1/2021, pag. 1-20.
- TUZET G., *Effettività, efficacia, efficienza*, in Mat. stor. cult. giur., 2016, 207-225.
- UBERTIS G., (1) *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV, La conoscenza del fatto nel processo penale, a cura di G. Ubertis Milano 1992.
- UBERTIS G. (2), *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in Criminalia, 2009, 324.
- VALENTINI C. (1), *Riforme, statistiche e altri demoni*, in Arch. Pen. n. 3/2021, pagg. 1-24.
- VALENTINI C. (2), *La completezza delle indagini, fra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in Arch. Pen., 2019, pagg. 1-18.
- VALENTINI C. (3) - *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in Arch. Pen., 2022, 3, 1-20.
- VASSALLI G., *voce Tipicità* (diritto penale), Enciclopedia del diritto, XLIV, 1992.
- VICOLI D., *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in RIDPP, 2003.
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007.
- VOLPE R.– A. DE CARO, *La notizia di reato tra qualificazione, iscrizione e controlli*, in Giustizia Insieme, n. 3/2010, pagg. 65-84.
- VOLK K. - *Sistema Penale e Criminalità Economica. I Rapporti tra Dommatica, Politica Criminale e Processo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, pp. 88-89.
- WILKINSON H.J. H., III, *In defense of American criminal justice, 67 Vanderbilt Law Review*, May 2014, pag. 1-26.

- ZAPPULLA A. (1), voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir*., *Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 889.
- ZAPPULLA A. (2), *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012.

GIURISPRUDENZA

- CASS. S.U., 22 NOVEMBRE 2000, N. 33, PM IN PROC. IGNOTI, RV. 217244. RV. 577941
- CORTE COST., ORDINANZA N. 3 DEL 2020, IN BANCA DATI DE JURE.
- COSÌ CASS. 24 SETTEMBRE 2019, N. 40500, BARLETTA E ALTRI, RV. 277345.
- CASS. SS. UU, 24 SETTEMBRE 2009, N. 40538, LATTANZI, RV. 244378, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. UN., 21.6.2000, N. 16, TAMMARO, IN BANCA DATI DEJURE.
- CASS. 22 MAGGIO 2013 - 9 AGOSTO 2013, N. 34637, LONGO, RV. 257120, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 8 APRILE 2008 - 4 GIUGNO 2008, N. 22340, BRUNO, RV. 240491, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 14 NOVEMBRE 2018 - 30 GENNAIO 2019, N. 4844, LUDOVISI, RV. 275046, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 21 FEBBRAIO 2008 - 10 GIUGNO 2008, 23299, CHIRILLO, RV. 241103, , IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. SEZ. 6, 19 MARZO 2012 - 27 GIUGNO 2012, N. 25385, G. C., RV. 25310, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS., SEZ. VI, 24 MAGGIO 1978, FIERI, IN CASS. PEN. 1979, P. 1512.
- CASS. 1° DICEMBRE 2020, N. 10078, BALDOCCHI, RV. 280718, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 01 DICEMBRE 2020 – 15 MARZO 2021, N. 10078, RV. 280718, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. S.U. 22 NOVEMBRE 2000 - 15 GENNAIO 2001, N. 34, IGNOTI, RV. 217473, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 12 LUGLIO 2019, N. 34510, ZIZZARRI E ALTRO, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 6 LUGLIO 2006, N. 32776, MEINERO, RV. 234822, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. 3, 18 MARZO 2015, N. 32998, M., RV. 264191, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. SEZ. 4, 30 MAGGIO 2017, N. 33032, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., 10 FEBBRAIO 2020, N. 15651, RV. 279154, BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. II, 17 DICEMBRE 2007, SPACCIABELLI, IN CASS. PEN., 2008, P. 3244
- CASS. 30 GIUGNO 2015, N. 36327, SGARANNELLA, RV. 36327, IN BANCA DATI DE JURE
- S.W. C. ROYAUME-UNI DEL 22 NOVEMBRE 1995 §§ 34-36, UTILIZZATO POI TRA LE ALTRE E STRELETZ, KESSLER ET KRENZ C. ALLEMAGNE 22 MARZO 2001, § 50, CORTE EDU RADIO FRANCE ET AUTRES C. FRANCE, 30 MARZO 2004 § 20, IN C. SOTIS (1), OP. CIT. PAG. 1364.
- CASS. PEN. SEZ. VI, 12/06/1991, BRUNETTI, IN BANCA DATI DE JURE.
- GUP TERAMO, 5 FEBBRAIO 1991, IN ARCH. NUOVA PROC. PEN., 1991, 433

- CASS., SEZ. I, 11 DICEMBRE 1990, IN GIUST. PEN., 1991, III, 523.
- CASS., SEZ. I, 12 GENNAIO 1993, IN CASS. PEN., 1993, 6, 104
- CORTE COST., 3 OTTOBRE 1990, N. 431, IN GIUR. COST., 1990, 2574
- GUP ROMA, 14 FEBBRAIO 1991, IN GIUR. MERITO, 1992, 407
- CASS. PEN. SEZ. UNITE, 25/10/1995, N. 38, LIOTTA, IN BANCA DATI DE JURE.
- CORTE COST., ORD., 06/06/1991, N. 252, IN BANCA DATI DE JURE
- TRIBUNALE UDINE, 08/11/2022, N. 1775, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. VI, 15 GIUGNO 1998, N. 2156, IN ARCH. NUOVA PROC. PEN., 1998, 546
- CASS. PEN., SEZ. VI, 09/10/1995, N. 3467, LA PENNA E ALTRI, IN BANCA DATI DE JURE
- CORTE COST., ORD., 04/06/2001, N. 185, IN BANCA DATI DE JURE
- CORTE COST., ORD., N. 271 DEL 2003, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS. PEN. SEZ. VI, 06/04/2000, N. 1662, PACIFICO, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS. PEN. SEZ. UNITE, 20/12/2007, N. 5307, PROC. REP. PRESSO IL TRIBUNALE DI PORDENONE C. B.D., IN BANCA DATI DE JURE.,
- CASS. PEN. SEZ. V SENT., 15/05/2009, N. 22864, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. IV, 23 NOVEMBRE 2017, N. 851, IN D&G, 2018, 12 GENNAIO.
- CORTE COST. N. 88 DEL 1991, IN BANCA DATI DE JURE.
- CORTE COST. ORD. N. 24/2017, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS, SEZ. UN., 10 LUGLIO 2002, N. 30328, IN BANCA DATI DE JURE.
- TRIB. MILANO SENT.18 GIUGNO 2015 GIP GENNARI, IN J. DELLA TORRE "IL TEOREMA DI BAYES FA CAPOLINO AL TRIBUNALE DI MILANO", DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO
- CASS. PEN. SEZ. VI, 30.1.2013, N. 28247, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS. PEN. SEZ. II, 11.9.2019, N. 48957, IN BANCA DATI DE JURE
- GIP SIENA 21.11.2023, IN SISTEMA PENALE 2024.
- GUP TRIBUNALE DI PATTI, SENTENZA EX ART. 425, COMMA 3, C.P.P. DEL 27 GENNAIO 2023, HTTPS://WWW.GIURISPRUDENZAPENALE.COM/WP-CONTENT/UPLOADS/2023/03/GUP-PATTI-SENTENZA.PDF
- CASS., SEZ. V, 14 SETTEMBRE 2016, N. 54957, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASSAZIONE PENALE SEZ. III 28/03/2018, N. 46953, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. SEZ. IV 17527/2019, RIV. 275699- 02, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS., SEZ. IV, 24372/2019 RIV. 276292-03, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS., SEZ. IV, 26080/2020 RIV. 279914-01, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS., SEZ. IV, 26115/2020 RIV. 279610-01, IN BANCA DATI DE JURE.

- CASS., SEZ. IV, 37767/2019 RIV. 277478-01, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. SU, 30328/2002 RIV. 222138-01, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS. SEZ. IV, 43786/2010 RIV. 248944-10, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS. SEZ. IV 24372/2019, RIV. 276292-03, IN BANCA DATI DE JURE
- TRIB. BRESCIA, GUP, SENT. 9.3.2023, N. 250/2023 REG. SENT., INEDITA, IN S. BECCAGLIA, OP. CIT. PAG. 4
- CASS., SEZ. V, 11.12.2020, N. 5209 IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. V, 12.1.1994, VETRALLINI, IN CASS. PEN. 1994, 2757.
- CASS. SS. UU., 25.9.2008, P., IN DIRITTO PENALE E PROCESSO, 2009, 429
- CASS., SEZ. VI, 2.12.2004, BERTOLDI, CED 231304.
- CASS., SEZ. III, 1.7.2002, AM-QIRA, CED 223359, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. V, 20.11.2019, TALLARITA, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SS. UU., 28.5.2002, TORCASIO, CED 225468, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. III, 3.12.2009, S., N. 3908, IN BANCA DATI DE JURE
- CASS., SEZ. VI, 28.03.2018, N. 24744, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS.,SEZ. IV, 11.10.2016, N. 44335, IN BANCA DATI DE JURE.
- CASS., SEZ. III, 28.3.2018, N. 46953, IN BANCA DATI DE JURE.
-
-
-
-
-