

Capitolo I

La risposta della monofasicità alle criticità del sistema odierno

SOMMARIO: 1. Lo sbilanciamento tra pubblico ministero e difensore rispetto all'esigenza di una migliore attuazione della parità d'armi. – 2. La imperfetta attuazione del contraddittorio in tutte le sue accezioni. – 3. I pregiudizi rappresentati dalle valutazioni interlocutorie sulla regiudicanda. – 4. Le criticità del processo odierno rispetto all'esigenza di una ragionevole durata del processo. – 5. Le caratteristiche della monofasicità: l'abolizione delle fasi e la continuità ricostruttiva tra indagini e prove. – 6. Il controllo sui tempi delle indagini e la segretezza investigativa come connotazione degli atti e non di una fase. – 7. La sostituzione dell'azione concreta con quella astratta. – 8. Il vaglio di indifferibilità delle indagini. – 9. Diritto del pubblico ministero alla chiusura del processo con il non luogo a procedere e limite numerico alle revoche. – 10. Il diritto dell'imputato al "non giudizio probatorio" e l'eccezionale motivazione della richiesta di riapertura di uno stadio investigativo. – 11. I fascicoli del processo. – 12. I rimedi alle situazioni di inerzia. – 13. Il completamento delle indagini e la valutazione dell'utilità del giudizio probatorio. – 14. La produzione di prova decisiva liberatoria anticipata rispetto a tutte le attività di giudizio probatorio.

1. Lo sbilanciamento tra pubblico ministero e difensore rispetto all'esigenza di una migliore attuazione della parità d'armi

Accanto all'esaltazione dei baluardi di principio del nostro processo penale, diventa ai giorni nostri sempre più doverosa l'attenzione all'atteggiarsi della vicenda giudiziaria nella prassi.

In proposito, non da oggi si rimarcano notevoli disfunzioni nella concreta gestione delle liti dovute non solo a carenze di risorse materiali e personali ma anche ad un impatto incongruo del sistema

sulla realtà giudiziaria che nel corso degli anni si è sempre più aggravato.

Tutto ciò rende necessario, per un verso, evidenziare le criticità – almeno alcune e soprattutto quelle che più inficiano la risposta di giustizia – e, per altro verso, sviluppare alcune linee propositive di riforma che tenendo conto della cronica insufficienza di risorse destinate all'apparato giudiziario nel nostro Paese riescano a mantenere alto il livello di garanzie del processo penale e contemporaneamente contribuiscano a recuperare efficacia ed efficienza al sistema¹.

In siffatta prospettiva, allora, va subito detto, anche in relazione alla entrata in vigore delle modifiche normative in tema di prescrizione², che il nostro processo appare lento non solo per la carenza di selezione a monte del carico giudiziario³, ma anche per viscosità

¹ L'aspirazione a coniugare garanzie ed efficienza del sistema è stata propria di tutti i tentativi di riforma del processo penale.

Basti pensare come già nel Progetto del 1978, l'inserimento di atti istruttori tra l'udienza preliminare ed il dibattimento avesse una funzione economica in un sistema di apertura all'accusatorietà del processo.

Subito dopo, già con il Disegno di legge Morlino n. 845/1979 si puntò ancora più decisamente sul risparmio di tempi e di risorse che attraverso la politica dei riti differenziati avrebbe dovuto coniugare le garanzie di un processo giusto con l'efficienza del sistema nel processo di parti, obiettivo poi concretizzatosi nella Legge delega del 1987 e nel codice del 1988.

A tacere di tutte le ipotesi di riforma in senso efficientista del sistema susseguitesi nel corso degli anni, si consideri l'ultimo tavolo di riforma del processo penale a cui si riannoda un testo di proposta di legge che con interventi mirati e non in una prospettiva di modifica organica del processo penale cerca di renderlo comunque più funzionale (vedi gli artt. 3-6 del *Disegno di legge recante deleghe al governo per l'efficienza del processo civile e del processo penale, per la riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla Costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla flessibilità dell'organico di magistratura*).

² Ci si riferisce, in particolare, a quanto disposto nell'art. 1, comma 1, lett. e) della L. n. 3/2019 recante *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*.

³ In proposito, si consideri già quanto affermato da AMODIO nella sua *Relazione*

procedurali che si evidenziano durante il suo percorso. Queste ultime appannano non solo la ragionevole durata del processo, ma anche, come si dirà, la piena attuazione dei capisaldi di principio del processo di parti.

Si tralasciano volutamente, in questa sede, i problemi relativi alla gestione del carico giudiziario, che in chiave di riforma radicale si potrebbero risolvere o attraverso la depenalizzazione⁴, o mediante innesco di momenti di discrezionalità controllata in sede di esercizio dell'azione penale o ancora – non volendo bilanciare l'attuale accezione che si riconosce all'obbligatorietà dell'azione penale, con i valori costituzionali che sono a monte dell'efficienza della macchina giudiziaria⁵ –, mediante la riforma dell'organizzazione e delle forme del giudizio con innesto di un organo politico-giurisdizionale, ausiliario del giudice tradizionale, che, introducendo un'oggettiva piena controllabilità dell'attività giurisdizionale di quest'ultimo attraverso la sottrazione al medesimo degli esercizi di discrezionalità in sede decisoria, consentirebbe il venir meno della garanzia del giudice precostituito per legge e, quindi, permetterebbe una equa ripartizione di controversie tra tutte le circoscrizioni, oltre a tutti gli altri risparmi in termini di risorse personali quali quello relativo all'esclusione delle collegialità delle decisioni ed alla abolizione di un unico organo di vertice della nomofilachia⁶ che sarebbero resi possi-

introduttiva del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale svoltosi a Bergamo nel 2010, in AA.VV., *Tempi irragionevoli della giustizia penale* (Atti del Convegno ASPP, Bergamo, 24-26 settembre 2010), Milano, 2013.

⁴ Sugli obiettivi di depenalizzazione cfr., per tutti, SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1995, *passim*.

⁵ Circa l'esigenza di bilanciare, invece, l'obbligatorietà dell'azione penale con i valori costituzionali che sono a monte dell'efficienza della macchina giudiziaria, cfr., per tutti, GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, 1 ss.

⁶ Su questi vantaggi funzionali connessi all'aggancio della funzione del giudice decidente ad esercizi di ragionamento di natura esclusivamente logico-formale ed all'assegnazione dei momenti più squisitamente discrezionali ad un nuovo organo ausiliario del giudice di natura politico-giurisdizionale che in altra sede si è deno-

bili sempre dalla messa al bando di tutti i soggettivismi del giudizio.

Partendo, allora, dai profili di criticità correlabili alla non piena attuazione dei valori di principio del giusto processo di parti⁷ va subito sottolineato che, in particolare, la parità d'armi, intesa non solo come necessità di contrapporre al pubblico ministero un soggetto come il difensore dotato di un bagaglio tecnico-giuridico analogo a quello dell'accusa, ma anche come possibilità per l'imputato di fruire entro una stessa fase del procedimento – e, quindi, prima di una qualsiasi valutazione pregiudizievole sulla regiudicanda – di tutti i mezzi di accertamento di cui dispone l'organo d'accusa⁸, non è oggi

minata “giuria elettiva di esperti” cfr. MENNA, *La “giuria elettiva di esperti” nel processo penale*, Torino, 2017, 213 ss.

⁷ Per quanto riguarda il riferimento alla nozione di “giusto processo” – che potrebbe risultare riassuntiva di tutti i profili a cui si accenna nei nuovi commi inseriti nell'art. 111 Cost. – vedi, per tutti, CHIAVARIO, che ha in essa individuato la sintesi degli interessi rappresentati dalla Corte europea nelle locuzioni “*fairness*” e “*procès équitable*” (*Quando la “scommessa” sul giusto processo si gioca tutto nella valutazione delle prove*, in *Guida dir.*, 1999, 45, 9).

⁸ L'esigenza di una parità d'armi precedente alla valutazione conclusiva di ogni fase (di cui, secondo noi, potrebbe essere eliminata la molteplicità in primo grado) che comporti la possibilità di ricorso ad un maggior numero di accertamenti e l'accesso al giudice, in fondo, è espressa – *mutatis mutandis* – anche da CORDERO laddove afferma che “la relativa parità delle parti, durante le indagini preliminari, è perfettibile nel senso di aprire al quasi-imputato una via al giudice, rispetto a singoli atti che ora deve sollecitare dal pubblico ministero suo antagonista” (*Procedura penale*, Milano, 2003, 1294).

Sulla parità d'armi come necessità di contrapporre al pubblico ministero un difensore dotato di un bagaglio tecnico-giuridico, cfr. RICCIO, *Studi sul processo penale*, Napoli, 1988, *passim*.

La parità d'armi nel processo penale non viene in genere mai ricondotta ad un'esigenza di piena simmetria di poteri, bensì connotata di un carattere elastico. In proposito, cfr., per tutti, quanto affermato in Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *www.dejure.it*, su cui, in dottrina, vedi, tra gli altri, DE CARO, *L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo del merito della decisione*, in *Dir. e proc. pen.*, 2007, 618; CERESA CASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, 1894; FRIGO, *Una disparità che consolida diseguaglianze*, in *Guida dir.*, 2007, n. 8, 87.

attuata al meglio soprattutto perché un'intera fase come quella delle indagini preliminari si può svolgere senza che l'indagato – al di là delle limitate possibilità concesse dall'art. 415 *bis* c.p.p. – possa contrapporre all'accusa lo stesso novero degli strumenti di verifica del fatto di cui dispone la controparte.

Peraltro, la preponderanza dell'accusatore nella prima fase del procedimento ha i suoi riflessi negativi sulle frazioni successive del procedimento in quanto alcuni degli atti unilateralmente compiuti dal pubblico ministero filtrano in dibattimento sbilanciandolo a favore dell'accusa⁹.

Né all'attività investigativa del pubblico ministero può contrapporsi adeguatamente la difesa con le indagini difensive in quanto le stesse non solo non godono di fatto dello stesso tasso di credibilità delle investigazioni dell'accusa perché provenienti da un soggetto non pubblico, ma non consentono nemmeno al prevenuto di accedere a tutti i mezzi di accertamento di cui fruisce l'accusatore prima della iniziale valutazione pregiudizievole sulla regiudicanda rappresentata dall'esercizio dell'azione concreta¹⁰.

È evidente, tuttavia, che un sistema nel quale si tendano ad equiparare quanto più è possibile i poteri dei contraddittori anche all'interno di un'unica fase risponda meglio all'esigenza di attuare il principio in questione. Di qui l'auspicio di un disinnescamento – attraverso l'introduzione di un processo monofasico – delle discrasie in tema di parità d'armi legate alla odierna pluralità di fasi nel giudizio di primo grado ed, in particolare, all'eccessivo sbilanciamento tra accusa e difesa nella attuale fase delle indagini preliminari.

⁹In senso critico rispetto alle possibilità anche nel codice vigente di recupero probatorio di atti confezionati unilateralmente cfr., tra gli altri, già NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzabilità degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, 274 ss. e FERRUA, *Oralità e contraddittorio alla luce delle recenti riforme*, Relazione tenuta a S. Maria Capua Vetere il 10 febbraio 2001, inedita.

¹⁰Sulle problematiche e sulle insufficienze dello strumento delle indagini difensive, cfr., tra gli altri, DI MAIO, *Le indagini difensive, dal diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, *passim*; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, *passim*; VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS e VOENA, vol. XXVII.2, Milano, 2005, *passim*; LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER, vol. III, a cura di GARUTI, Torino, 2009, *passim*.

2. La imperfetta attuazione del contraddittorio in tutte le sue accezioni

Su altro versante, anche il principio del contraddittorio non è attuato al meglio.

Per quanto riguarda, in particolare, la accezione soggettiva del valore in questione e, cioè, il diritto al contraddittorio sancito nei suoi corollari dal comma 3 dell'art. 111 Cost.¹¹, il principio non è sufficientemente attuato in ogni fase del procedimento e, cioè, soprattutto nella fase delle indagini anteriormente al primo vaglio sulla regudicanda rappresentato dalla richiesta di condanna. Durante le investigazioni preliminari, infatti, manca l'accesso al giudice da parte del prevenuto per interrogare o far interrogare i dichiaranti a carico; manca la possibilità per l'imputato di essere informato tempestivamente – e non solo alla fine della fase – sull'accusa elevata a suo carico al fine di disporre di tempo adeguato – anche anteriormente al primo sindacato pregiudizievole sul merito della controversia – per

¹¹ Per classiche definizioni del contraddittorio quale valore sancito in Costituzione e nella legislazione ordinaria cfr., per tutti: CAVALLARI, voce *Contraddittorio* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 730 ss.; CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, 62 ss.; GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, vol. VIII, 1 ss.; UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2097 s.; FERRUA, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 203 ss.; ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, vol. I, 2.

Sulla distinzione tra contraddittorio in senso soggettivo ed oggettivo cfr. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1388; CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo articolo 111 Cost.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 197 ss.; ID., *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 592 ss.

La distinzione tra l'anima soggettiva quella oggettiva del contraddittorio è contestata in ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, 392.

Per UBERTIS, poi, il profilo soggettivo riguarda non il contraddittorio, bensì il diritto di intervento che hanno le parti nel processo (*Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1093 ss.).

la preparazione della difesa; manca, infine, il potere di interrogare i dichiaranti a discarico nelle stesse condizioni dell'accusa e di fruire di tutti i mezzi di accertamento¹².

Inoltre, anche nel suo profilo oggettivo, il contraddittorio come metodo epistemologicamente migliore per la formazione del convincimento¹³ è condizionato dall'influenza che sul medesimo spiegano in vario modo le conoscenze ottenute nelle fasi preliminari.

A questo proposito, oltre alla possibilità di aggirare il dispositivo che aggancia la genuinità degli atti recuperati *ex art. 512 c.p.p.* all'imprevedibilità dei fattori di irripetibilità sopravvenuta (attraverso la sistematica programmazione dei contenuti di tutti gli atti di indagine), anche l'istituto delle contestazioni consente di influire sulla dialettica dibattimentale in maniera non diversa da come sul contesto del dibattimento inciderebbe l'acquisizione probatoria di dichiarazioni rese antecedentemente.

In merito, si consideri che se la dichiarazione utilizzata in sede di contestazione non rimane isolata e si unisce ad altre prove, il valore della stessa affermazione ai fini del vaglio di credibilità del dichiarante influisce sulla valutazione di attendibilità delle ulteriori prove del contesto dibattimentale nella stessa maniera in cui su tale ultimo sindacato inciderebbe un pieno significato probatorio dell'asserzione recuperata attraverso la contestazione.

In altri termini, l'asserzione impiegata per contestare esercita il suo influsso non solo sul vaglio di attendibilità del dichiarante ma in ultima analisi, per la proprietà transitiva, anche sul riscontro di credibilità delle altre prove necessarie a formulare una delle ipotesi ricostruttive dell'accaduto; e ciò perché l'attendibilità delle prove di cui all'*art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p.* è valore evidentemente omogeneo all'altro che si impiega in relazione all'affermazione utilizzata

¹² Sulle insufficienze che il sistema attuale rivela in rapporto alla fase delle indagini preliminari rispetto ai principi di cui all'*art. 111, comma 3, Cost.*, vedi, per tutti, già GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 737 ss.

¹³ Sul punto, vedi anche CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 4.

in sede di contestazione¹⁴ e, quindi, può essere condizionato dall'influenza che quest'ultimo esercita nel processo.

A questo punto, allora, se si stabilisce che ciò che conta ai fini della decisione non è lo spessore del singolo elemento di prova, bensì la credibilità complessiva del totale delle prove analizzate per sostenere un'unitaria versione dei fatti¹⁵, emerge con evidenza che un'asserzione utilizzata come prova, da un lato, ed una dichiarazione impiegata per controllare la credibilità del deponente, dall'altro lato, giocano lo stesso ruolo nell'ambito del contesto probatorio da accogliere o respingere globalmente ai fini della delibera conclusiva.

In questa prospettiva, la diversa disciplina delle contestazioni, in ultima analisi, non serve a salvaguardare la separazione funzionale delle fasi a garanzia della quale è stata introdotta.

È sufficiente, cioè, impiegare l'asserzione resa nei preliminari allo scopo di effettuare il controllo di attendibilità della corrispondente deposizione dibattimentale per operare nell'ambito del contesto probatorio la stessa reazione a catena che produrrebbe un'affermazione antecedente utilizzata come prova. Quindi, tutto ciò che incide sulla globale credibilità del materiale da porre a fondamento della decisione – prova o asserzione utilizzata per il sindacato di particolare attendibilità di altra prova – al di là delle differenze nominali va collocato sul medesimo piano.

Solo se nella pubblica udienza l'acquisizione probatoria si limitasse alla dichiarazione comparata con l'asserzione impiegata in sede di contestazione, l'eventuale prevalenza di quest'ultima, in occasione del sindacato di attendibilità del deponente, in uno con l'impossibi-

¹⁴ Sull'omogeneità dei due concetti di attendibilità cfr. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, *passim*.

¹⁵ Sulla scia dell'autorevole opinione di FERRAJOLI, IACOVIELLO, in particolare sostiene che "L'ipotesi accusatoria, per essere accertata come vera, deve rispondere alle seguenti condizioni: 1) deve essere confermata da più prove; 2) deve spiegare tutti i dati disponibili; 3) non deve essere smentita da alcuna controprova; 4) è infine necessario che le eventuali ipotesi con essa in conflitto siano totalmente implausibili" (*Diritto e ragione*, Roma, 1989, 129; *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., 218).

lità di impiegare la stessa affermazione come prova in motivazione, cambierebbe il contenuto della decisione. In tutti gli altri casi, l'influenza sul contesto probatorio e, quindi, sulla delibera conclusiva delle affermazioni utilizzate per contestare è identica alla portata rivestita dalle dichiarazioni impiegate come prove.

Sotto questo profilo, allora, – lo si ribadisce – la separazione funzionale delle fasi e la verginità del giudice dibattimentale risultano tradite.

3. I pregiudizi rappresentati dalle valutazioni interlocutorie sulla regiudicanda

Relativamente al grado di attuazione dei valori del giusto processo, va ancora sottolineato come non consenta una piena attuazione della parità d'armi tra le parti la presenza di valutazioni interlocutorie sulla regiudicanda negative per l'accusato che pesano come ipoteche pregiudizievoli sul percorso procedimentale.

Ci si riferisce al sindacato connesso all'esercizio dell'azione concreta a conclusione delle indagini preliminari ed al vaglio correlato al rinvio a giudizio al termine dell'udienza preliminare¹⁶.

¹⁶ Il decreto che dispone il giudizio, secondo la Corte di cassazione, non ha effetti pregiudicanti sulla funzione di giudizio, perché si ritiene che in proposito non sia sufficiente la sola conoscenza degli atti d'indagine a cui non segua un loro vaglio contenutistico, di merito: così escludendosi, per esempio, che la decisione conclusiva sulla responsabilità del coimputato espressa all'esito del giudizio abbreviato (considerabile a tutti gli effetti tra le sedi pregiudicabili) sia o possa apparire condizionata dalla c.d. forza della prevenzione.

In tal senso Cass., 12 febbraio 2009, n. 8613, in *www.dejure.it*.

In proposito, in dottrina, PROTA, *Non è incompatibile a celebrare il rito abbreviato il giudice dell'udienza preliminare che abbia disposto il rinvio a giudizio di altri coimputati*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3896.

Senonché, è evidente che, al di là della distinzione tra la valenza endoprocesuale e quella di merito che si possa associare ai due vagli sulla regiudicanda che intervengono al momento di scegliere tra azione ed archiviazione e, poi, tra la disposizione del giudizio o il non luogo a procedere, il solo fatto di far seguire ad in-

In merito, è vero che trattasi di riscontri di significato endoprocedimentale che consistono in prognosi rispettivamente della possibilità di sostenere l'accusa in giudizio e dell'utilità del dibattimento, ma il fatto che seguano a consistenti possibilità accertative come, rispettivamente, un'intera fase di indagini e le possibili attività inventive dell'udienza preliminare le rende non frutto di un accertamento sommario, bensì sbocco di una cognizione tendenzialmente completa anche se qualitativamente non fondata sul pieno approfondimento dialettico di tipo dibattimentale.

In merito, quanto alla completezza delle indagini, basti considerare, tra l'altro, il fatto che in giurisprudenza non si distingue più tra il novero di indagini necessario per l'esercizio dell'azione penale e la quantità di accertamenti che rendono decidibile la causa nel giudizio abbreviato¹⁷, per cui anche ai fini della possibile definizione nell'ambito di siffatto rito differenziato il percorso investigativo deve essere completo fino al punto di consentire la decisione sul merito della regiudicanda.

Quanto, poi, alla consistenza delle attività inventive e della presa di posizione del giudice sul fatto addebitato nell'udienza preliminare, è a tutti noto l'orientamento secondo cui nella frazione di controllo dell'azione concreta il giudizio assumerebbe una marcata conno-

dagini complete un sindacato di utilità del dibattimento ha una efficacia pregiudicante in quanto comporta almeno il riscontro su una probabilità fondata di successivo accertamento di colpevolezza.

¹⁷ In merito la Corte costituzionale ha stabilito che rispetto al giudizio abbreviato, da un lato, il pubblico ministero ha già esercitato il potere e assolto al dovere di svolgere tutte le attività necessarie in vista delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; dall'altro, l'esigenza di completezza delle indagini preliminari (su cui v. sentenza n. 88/1991) risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato. Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale. Ne deriva che non costituisce irragionevole discriminazione tra le parti la mancata attribuzione all'organo dell'accusa di uno specifico potere di iniziativa probatoria per "controbilanciare" il diritto dell'imputato al giudizio abbreviato (Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *www.dejure.it*).

tazione di merito¹⁸ anche se sul piano teleologico non si può dire che sia mutata la fisionomia dell'udienza preliminare come fase che sul piano endoprocessuale deve consentire un vaglio sull'utilità dell'udienza pubblica¹⁹.

Alla particolare pregnanza del sindacato del giudice dell'udienza preliminare sul merito della regiudicanda – al di là degli snaturamenti registratisi nella prassi circa la funzione di controllo dell'udienza *ex* artt. 416 ss. c.p.p. – ha di certo contribuito il mutamento della regola di giudizio del provvedimento conclusivo della fase per il quale mentre una volta si sarebbe dovuta evitare l'apertura dell'udienza pubblica solo in situazioni di evidenza dell'innocenza dell'imputato, oggi anche le situazioni di dubbio non colmabili attraverso l'istruttoria dibattimentale dovrebbero consentire il non luogo a procedere invece che il passaggio al dibattimento per cui più consistente dovrebbe essere il controllo *ex* artt. 424 e 425 c.p.p.²⁰.

¹⁸In proposito, cfr. già la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 34 c.p.p.

¹⁹Sulla finalità endoprocessuale del vaglio dell'udienza preliminare cfr., tra gli altri, SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2821; RICCIO, *Fatto e imputazione*, in *Quad. scienze pen.*, Napoli, 2005, *passim*; MAFFEO, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2008, *passim*.

²⁰Sulla regola di giudizio dei provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare, in giurisprudenza, si afferma per esempio che "In tema di sentenza di non luogo a procedere, il sindacato del G.U.P. non può arrivare ad effettuare una complessa ed approfondita disamina del merito del materiale probatorio, né a formulare un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato, essendo limitato a valutare l'aspetto prognostico dell'insostenibilità dell'accusa in giudizio, sotto il profilo della insuscettibilità del compendio probatorio a subire mutamenti nella fase dibattimentale" (Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 2016, n. 32574, T.M.R. c. Tr.An. e altri, in *www.dejure.it*), o ancora si asserisce che "Il giudice dell'udienza preliminare è chiamato ad una rigorosa valutazione di effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa, ovvero a verificare se gli elementi a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio siano idonei a dimostrare la sussistenza di una minima probabilità che, all'esito del dibattimento, possa essere affermata la colpevolezza dell'imputato e, a tal fine, può avvalersi dei poteri di integrazione delle indagini, il cui esercizio, se adeguatamente motivato, non può essere oggetto di ricorso sotto il

Ebbene, al di là della funzione endoprocessuale delle verifiche associabili all'esercizio dell'azione concreta ed al vaglio conclusivo dell'udienza preliminare, non si può dire che siffatti sindacati sul piano oggettivo non costituiscano dei veri e propri pregiudizi negativi per l'accusato.

Si vuole dire che anche se i controlli in questione si associano a situazioni aperte quanto alle possibilità che l'istruttoria dibattimentale faccia luce sulle situazioni di dubbio²¹, di certo la sola individuazione a conclusione delle indagini e dell'udienza preliminare di elementi che in mancanza di smentite dibattimentali possano – anche se non debbano necessariamente – portare alla condanna dell'accusato – quale situazione presupposta anche nelle suddette prospettive “aperte” – rappresenta un pregiudizio per l'ulteriore corso del processo sul piano oggettivo e, quindi, anche in assenza di una motivazione di riferimento nel provvedimento che porta all'apertura della fase successiva dopo le indagini preliminari e dopo l'udienza preliminare²².

profilo della 'eccessiva ampiezza', posto che l'unico limite processuale all'utilizzazione di tale potere è rappresentato dall'essere lo stesso finalizzato alle valutazioni suddette. (Rigetia, G.u.p. Trib. Bergamo, 21 gennaio 2016)” (Cass. pen., Sez. V, sent., 14 settembre 2016, n. 2516 (rv. 269009), in *www.dejure.it*).

In dottrina, sullo stesso criterio, vedi, tra gli altri, CUOMO, *L'udienza preliminare*, Padova, 2001, *passim*; PERONI, *I nuovi epiloghi dell'udienza preliminare*, in *St. iuris*, 2000, 1216 ss.; CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di UBERTIS e VOENA, Milano, 2007, *passim*; MAFFEO, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e le prospettive di riforma*, Padova, 2008, *passim*.

²¹ Circa l'obbligo del giudice dell'udienza preliminare di utilizzare gli approfondimenti di cui agli artt. 421 *bis* e 422 c.p.p. per cercare di superare le accennate situazioni di dubbio, in giurisprudenza si afferma che “Ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, il Gup, nel formulare la prognosi di prevedibile inutilità della fase dibattimentale per effetto della valutazione di insanabile contraddittorietà e insufficienza degli elementi probatori acquisiti dall'accusa, ha l'obbligo di motivare in ordine alla impossibilità di superare tali incertezze mediante l'attivazione dei poteri di integrazione istruttoria di cui agli artt. 421 *bis* e 422 cod. proc. pen. (Annulla con rinvio, G.u.p. Trib. Aosta, 23 aprile 2014)” (Cass. pen., Sez. III, sent., 28 gennaio 2016, n. 28698 (rv. 267343), in *www.dejure.it*).

²² Quanto all'introduzione di una motivazione del decreto che dispone il giudi-

Più specificamente, il pregiudizio nasce dal fatto che, al di là delle accennate situazioni aperte, sia il pubblico ministero, quando richiede il rinvio a giudizio, sia il giudice dell'udienza preliminare, quando lo dispone, consentono un passaggio al dibattimento a seguito di un'azione concreta che punta decisamente ad una condanna e non ad una sentenza di imprecisato tenore.

Altro sarebbe un processo in cui bandendo le accennate valutazioni interlocutorie sulla regiudicanda o, *recte*, introducendo una valutazione sull'utilità del contraddittorio probatorio che, da un lato, consentisse all'imputato di attuare il suo "diritto al non processo" – o, come si dirà, il "diritto al non giudizio probatorio" nella prospettiva di riforma abbracciata nel presente scritto – quando fosse inutile aprire la dialettica delle prove e, dall'altro lato, non fosse conoscibile né presumibile da parte del giudice delle prove ma rimanesse interna al momento investigativo, si potenziasse la parità d'armi delle parti in quanto, pur nel rispetto del principio di separazione delle indagini dalle prove, si consentisse all'imputato di replicare alle indagini mediante accertamenti probatori – pur effettuati in uno stadio successivo a quello investigativo – in modo da giungere alla decisione di merito definitiva senza i pregiudizi rappresentati dalla conoscenza o dalla possibilità di presumere provvedimenti conclusivi di fasi precedenti che si fossero espressi sulla regiudicanda in senso negativo per l'accusato.

Siffatte considerazioni dovrebbero far riflettere sulla compatibilità con i valori circolari del giusto processo ed, in particolare, con la parità d'armi, di ipotesi di riforma che mirassero a rendere ancora più pregnante di quanto non sia oggi il controllo sulla regiudicanda da effettuarsi alla fine dell'udienza preliminare restringendone le maglie

zio cfr. la *Proposta di legge n. 4580 del 10 luglio 2017 ad iniziativa di Di Lello*, avente ad oggetto *Modifiche agli articoli 424 e 429 del codice di procedura penale, in materia di motivazione nel giudizio dell'udienza preliminare*.

L'attribuzione di una parte motiva al provvedimento di chiusura dell'udienza preliminare e di apertura del dibattimento approfondirebbe, invero, il carattere di pregiudizio della valutazione interlocutoria sulla regiudicanda operata alla fine dell'udienza *ex artt.* 416 ss. c.p.p.

e sostituendo il sindacato sull'utilità dibattimentale che tenga conto dell'incidenza degli approfondimenti dibattimentali, con un vaglio che chiuda alla possibilità di passaggio all'udienza pubblica quando non appaia già alla fine dell'udienza preliminare la "probabilità della condanna" non minima²³.

Ciò renderebbe più marcato il significato pregiudizievole – per l'imputato e per il successivo corso del processo – del sindacato sulla regiudicanda che si associa alla conclusione dell'udienza preliminare e sposterebbe il baricentro del processo decisamente sulle fasi precedenti al dibattimento ove non si dispiegano pienamente le garanzie del contraddittorio con l'imputato.

I problemi del sistema non si risolverebbero nemmeno potenziando e facendo entrare in una dimensione "ordinaria" il giudizio immediato – anche nella sua forma custodiale²⁴ – perché il decreto con cui si instaura questo rito costituisce pur sempre una valutazione interlocutoria sulla regiudicanda – equipollente rispetto a quella fatta a conclusione dell'udienza preliminare, anche se effettuata su una base di evidenza che esclude l'utilità degli approfondimenti della fase *ex artt.* 416 ss. c.p.p. – che rappresenta un pregiudizio per il corso successivo del processo.

²³ Cfr. in proposito, il *Disegno di legge recante deleghe al governo per l'efficienza del processo civile e del processo penale, per la riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla Costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla flessibilità dell'organico di magistratura* all'art. 15, lett. 1) ove si prescrive che si debba "modificare la regola di giudizio di cui all'articolo 425, comma 3, del codice di procedura penale, al fine di limitare il rinvio a giudizio ai casi in cui gli elementi acquisiti consentano, se confermati in giudizio, l'accoglimento della prospettazione accusatoria".

²⁴ Si è avanzata una proposta in tal senso in relazione all'ultimo tavolo di riforma del processo penale, anche se la stessa non si è tradotta in un punto specifico nel *Disegno di legge recante deleghe al governo per l'efficienza del processo civile e del processo penale, per la riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla Costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura e sulla flessibilità dell'organico di magistratura*.

Sul fronte dell'azione concreta (a cui pure si associa una valutazione pregiudizievole sulla regiudicanda perché, pur trattandosi di un vaglio aperto alle integrazioni e trasformazioni accertative di segno dibattimentale e prima nell'udienza preliminare, il pubblico ministero è nella condizione – anche se non obbligatoria – di individuare elementi che in mancanza di smentite successive – al di là della formula di cui all'art. 125 disp. att.²⁵ – possono (anche se non

²⁵ Sulla regola di giudizio di cui all'art. 125 disp. att. cfr., tra gli altri, DOMINIONI, *Sub art. 50*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio e Dominioni, I, Milano, 1989, 282 ss.; GREVI, *Archiviazione per indoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1280 ss.; GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, *passim*; CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, *passim*; MARZADURI, voce *Azione IV) diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996, V, 1 ss.

Anche se l'art. 125 disp. att. c.p.p. fa riferimento a “situazioni aperte”, bisogna ritenere che se il pubblico ministero ritenga di poter sostenere adeguatamente il proprio onere probatorio in dibattimento, nel caso di conferma in giudizio di quegli stessi elementi che siano stati raccolti in sede di indagini preliminari potrebbe darsi che si emani sulla loro scorta una condanna, anche se siffatta previsione non è una condizione necessaria per esercitare l'azione.

In proposito, proprio il carattere concreto dell'azione e, cioè, la richiesta di una condanna e non di una sentenza di imprecisato tenore, genera il pregiudizio per il prosieguo del processo.

Circa il riferimento dell'art. 125 disp. att. c.p.p. alla sostenibilità dell'onere probatorio a sostegno dell'accusa e la possibilità che in giudizio si possa emanare una condanna sulla base degli elementi investigativi raccolti e valutati in sede di esercizio dell'azione, infatti, in giurisprudenza si afferma che “Il pubblico ministero all'esito delle indagini preliminari deve chiedere l'archiviazione ogni qual volta l'analisi dei risultati investigativi lasci prevedere che il quadro probatorio a carico dell'imputato sarebbe, in caso di rinvio a giudizio, contraddittorio o, comunque, insufficiente ai fini di una pronuncia di condanna. Allo scopo l'art. 125 della norma di attuazione ha introdotto una regola di giudizio che assume come parametro il *quantum* di prove indispensabili per sostenere l'accusa, talché è da escludere l'esercizio dell'azione penale ogni qual volta il pubblico ministero valuti di non poter adempiere l'onere probatorio su di lui gravante” (Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 1990, Ghirarduzzi, in *Cass. pen.*, 1990, 397).

Esclude il carattere aperto della situazione a cui fa riferimento la regola di giudizio in questione, perché precisa che dovrebbe esistere l'obbligo di agire in caso