

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

“Tu sopporti delle ingiustizie:
consolati, la vera disgrazia sta nel farle”,
Democrate, *Sentenze*”.

CRISTIANA VALENTINI

Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma

Alcuni indiscutibili pregi e molti, troppi, difetti affliggono la riforma Cartabia. Lo scritto propone soluzioni possibili. (e perfino relativamente semplici da concretizzare) per ricondurre l'articolato nei ranghi del Giusto Processo e conseguire una reale efficienza.

Big hopes: a chance to reform the reform.

Some indisputable merits and many, too many, defects afflict the Cartabia reform. The paper proposes possible solutions. (and even relatively simple to implement) to bring the articulation back into the ranks of the Due Process and achieve real efficiency

SOMMARIO: 1. Altro giro, altra corsa. - 2. Considerazioni sparse, su una riforma sparsa: le indagini preliminari. - 3. ... azione penale e archiviazione - 4. ... e dibattimento. - 5. Poche righe finali.

1. *Altro giro, altra corsa.* Non abbiamo ancora capito bene come sia accaduto – il susseguirsi degli eventi fa girare la testa – ma eccoci qui, coi primissimi passi del neonato Governo e la riforma Cartabia fermata in corsa. Agli amanti della cinematografia, verranno magari in mente gli scenari onirici di un bel film, spesso sottovalutato, “Il nemico alle porte”, in cui l'attesa sembra l'autentica protagonista sullo sfondo di una Stalingrado immemore della vita ordinaria.

Il riferimento dell'immagine è evidentemente allo stato in cui si trovano oggi tutti coloro che studiano, praticano, applicano il codice di procedura penale, ma vorremmo dire tutti coloro che hanno a cuore lo Stato di diritto e sanno quanto intensamente incida il sistema penale sul funzionamento del medesimo, anzi sulla sua stessa possibilità di sussistenza.

Siamo col fiato sospeso¹ perché sappiamo quanto disastroso sia quel sistema penale, da un lato; dall'altro, perché altrettanto siamo consapevoli –vorrei dire, coralmemente²– di quanto l'imminente riforma sia carica di contraddizioni:

¹ GAITO-LANDI, “L'altare e le forse inevitabili vittime”. Osservazioni sul processo penale alla Cartabia, in questa Rivista (web) 2022, 1 e ss.

² GIALUZ, Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali), in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, passim.

foriera di novità positive, per taluni versi, disastrosa per altri, inutile, quando non autofaga, per altri ancora.

Crediamo sia altrettanto corale la consapevolezza che tanto i brevi termini di apprensione del *novum* normativo da parte degli utenti, quanto la farraginosa disciplina transitoria, ma soprattutto le carenze organizzative sottostanti, saranno una fonte certa di questioni processuali di vario ordine e grado, che finiranno per aggravare (inutilmente) proprio quel carico processuale che si aspira a ridurre.

Epperò, si diceva, altro giro, altra corsa, con il nuovo governo che pare saggiamente voler mettere mano tanto ad un rallentamento dell'entrata in vigore, quanto ad una rimeditazione del merito della riforma.

Grandi speranze, diciamo allora; in spirito non già ironicamente, ma convintamente dickensiano, ovvero nella consapevolezza della natura davvero ardua del compito odierno del Ministro e al contempo sperando che riesca a riformare la riforma, prima che essa atterri nel sistema.

Sarebbe, forse, una significativa occasione per cambiare davvero le cose.

2. *Considerazioni sparse, su una riforma sparsa: le indagini preliminari.* Come si accennava, la lettura del testo definitivo lascia impressioni certo influenzate dalla natura intrinseca di un testo normativo fatto di interventi sfaccettati e spesso reciprocamente incastrati, su molteplici gangli del sistema penale; reso ancor meno perspicuo e gestibile da norme transitorie semplici quanto un'equazione cubica.

Ancora non aiuta la fattura di molteplici disposizioni, costruite con un *drafting* normativo lontano anni luce non solo dal mito di leggi "poche, chiare e semplici", ma in verità da una tecnica redazionale moderna, attenta alle esigenze del moderno Stato di diritto³; basterebbe –a ricevere un'impressione durevole– leggere le contorsioni sintattiche dei nuovi artt. 415bis e 415ter.

Per arrivare al punto, la lettura complessiva, unita alle riflessioni sviluppate incessantemente negli ultimi mesi⁴, provoca impressioni molteplici che spa-

³ Anche questo tipo di commento sull'articolato è stato unanime. A tacere delle elaborazioni scientifiche, non v'è stato convegno o evento formativo sul punto, salvo rarissime eccezioni, che non si sia intrattenuto ad evidenziare il pessimo *drafting* delle nuove disposizioni, di fatto addirittura peggiore rispetto a qualunque esempio precedente.

⁴ Non può che farsi riferimento, qui, al *Confronto di idee. Speciale riforma Cartabia*, ricco di molteplici opinioni, su *questa Rivista (web)* 2022, con contributi di Cecchi, Coretti, Della Torre, Gaito e Landi, Garuti, Mazza, Trapella, Valentini.

ziano dalla condivisione di taluni approdi, ben fondati e riflettuti, alla chiara percezione della natura gravemente asistemica o del tutto inefficace di altri. Si parta dalle note positive, ovvero quelle parti della riforma che appaiono condivisibili e persino meritorie.

Procedendo in ordine di codice, e ovviamente autolimitandoci agli snodi principali, che -per così dire- rendono “l’anima” della riforma, si può prendere l’abbrivio da uno la cui criticità diventa progressivamente più evidente negli studi dottrinali: la durata delle indagini preliminari.

Vale la pena qui di ricordare al volo alcune problematiche note; anzitutto il *timing* delle indagini appare fuori controllo dai dati statistici, laddove analizzati nella prospettiva più corretta⁵; i numeri, poi, trovano una spiegazione e una chiara eco nelle pronunzie giurisprudenziali che, nel corso di trent’anni, si sono succedute sulla *vexata quaestio* del controllo sulla tempestività delle iscrizioni, ma anche del controllo sulle proroghe della fase investigativa; da ultimo, poi, sono emerse problematiche segnalate sin dalla prima ora⁶ e in seguito dimenticate, ovvero quelle afferenti al delicato tema delle «indagini occulte» consentite dall’incontrollata gestione del registro mod. 45, profittando di un’asserita ambiguità del sintagma “notizia di reato”.

Si può concludere questa rapida carrellata, segnalando che l’assenza di controllo sulla gestione temporale delle indagini preliminari produce un’indiretta, ma non meno dirompente conseguenza sub specie di consunzione del diritto alla ricerca della prova a discarico da parte della difesa, cancellato dal decorso del tempo e (ovviamente) dal mancato rispetto dell’art. 358 c.p.p.: di fatto, la difesa arriva a conoscere l’esistenza di un procedimento a suo carico a distanza di anni dal momento del fatto contestato, anni trascorsi senza che alcuno abbia investigato (anche) a favore dell’indagato.

La riforma agisce qui con una prima mossa di portata che non si stenta a definire dirompente, intervenendo sul punto focale all’origine di tutte le problematiche appena elencate: il concetto di *notitia criminis*.

Detto *novum* trovasi nel primo comma dell’art. 335 c.p.p., dove è stabilito che il pubblico ministero iscriva immediatamente nel registro delle notizie di reato (c.d. mod. 21) ogni notizia «contenente la rappresentazione di un fatto,

⁵ V. TRAPPELLA, *Note in tema di prescrizione ed efficienza del processo (a proposito di «Riforme, statistiche e altri demoni»)*, in questa *Rivista (web)* 2022, *passim*.

⁶ Da GAITO, *L’iscrizione della notizia di reato, tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Padova, 1995, 53 ss.

determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice» e, rivendicando immediatamente l'obiettivo del *novum*, si è precisato che l'obiettivo avuto di mira dal legislatore è quello «di ridurre le incertezze manifestatesi nell'utilizzo del c.d. “modello 45” da parte degli uffici di procura»⁷.

Parole sante, è il caso di dire, perché la definizione esplicita un concetto di *notitia criminis* reso artificiosamente complesso dal c.d. diritto vivente, ma che -in verità- appare incluso nello stesso *nomen*, così finalmente delegittimando e iscrivendo al novero delle violazioni di legge disciplinarmente rilevanti la poco virtuosa prassi di iscrivere nel modello 45 anche i fatti costituenti notizia di reato, epperò relativi alla posizione di *exceptae personae*, come pure la prassi di iscrivervi abusivamente quelle notizie che si vogliono sottrarre al decorso dei termini apposti alla fase investigativa.

A cascata, la definizione diventa utile armamentario per la verifica giudiziale sul rispetto dei tempi apposti alle indagini e sulla concedibilità delle proroghe. E ancora; quanto ai presupposti per l'iscrizione soggettiva -su cui la prassi si libra in circonvoluzioni argomentative di raro virtuosismo per ritardare quasi *ad libitum* il momento in cui scatta la doverosità di iscrizione del nome dell'indagato e dunque, ancora una volta, il decorso dei termini- la riforma porta un'altra gradita novità, configurata da una precisa fattispecie doverosa, che ricollega l'obbligo di iscrizione al momento in cui sussistono semplici indizi a carico della persona.

Si tratta effettivamente di una formula che esclude «la sufficienza di meri sospetti (l'ipotesi deve essere per l'appunto concreta), ma anche la necessità di un livello di gravità indiziaria che finirebbe per determinare un'eterogenesi dei fini»⁸, trasformandosi in una sorta di pre-giudizio di colpevolezza.

Merita qui sottolineare che, con siffatta impostazione, il legislatore -muovendosi in controtendenza rispetto alle ultime riforme, costituite di acritici recepimenti della giurisprudenza- ha inteso frenare al contempo l'influsso esegetico di note pronunzie a Sezioni Unite⁹, come pure della Circolare Pignatone, ma anche (*last but not least*, è il caso di dire) del recentissimo Parere reso dal CSM in data 21 settembre 2022, secondo il quale «l'iscrizione del

⁷ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., 39.

⁸ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 40.

⁹ Il riferimento corre a Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro e Id., 20 ottobre 2009, n. 40538, in *www.dejure.it*.

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»¹⁰.

Si blocca così un autentico movimento giurisprudenziale in corso da anni e vocato all'evidente scopo che traluce dall'ultimissimo tentativo del Consiglio superiore: svincolare completamente il pubblico ministero dall'obbligo di rispetto dei termini di fase decorrenti dall'iscrizione nominativa.

Qui termina, purtroppo, la virtuosità di questa parte della riforma e il *sequitur* distrugge il neonato momento di riconduzione delle indagini preliminari alle legalità del procedere, in un vero e proprio moto autofago della novella.

In effetti, tanto i segmenti di controllo sulle tempistiche d'iscrizione configurati dai nuovi artt. 335*ter* e *quater*, quanto l'altra forma di controllo giudiziale sulle tempistiche d'indagine rappresentata dal procedimento di proroga – anch'esso innovato nel segno di una ammissibilità della proroga stessa solo a cagione della complessità delle investigazioni (art. 406, comma 1) – sono deprivate sin dall'inizio di qualsivoglia capacità di funzionamento concreto da due condizioni operative: anzitutto, il GIP come le parti risultano *ex lege* ignari dei contenuti del fascicolo delle indagini in ognuna delle succitate frazioni di controllo¹¹, di guisa che non si comprende che senso abbia un contraddittorio in cui solo una delle parti conosce l'effettività del *thema decidendum* e tutte le altre, come pure il decidente, sono all'oscuro; situazione che si trova alla base del fallimentare funzionamento dell'istituto delle proroghe sin dall'origine della sua introduzione.

In secondo luogo, le formule decisorie cui è affidata la sostanza della funzione di controllo risultano quanto mai vaghe, se non addirittura lessicalmente costruite in modo tale da lasciare spazio ad ogni possibile interpretazione: tanto è a dirsi per la formula secondo cui il ritardo nell'iscrizione, può condurre alla retrodatazione solo laddove sia “inequivocabile e ingiustificato”, ma anche per l'altra, secondo cui la proroga del termine investigativo è concessa in caso di “complessità delle investigazioni”, formulazione la cui pessima prova è ben delineata da una salda prassi che rende arduo rintracciare ipotesi concrete, negli ultimi trent'anni, in cui il GIP abbia rifiutato la proroga richiesta.

¹⁰ GIALUZ, *op. cit.*, p. 40.

¹¹ Ad eccezione della (invero residuale e sostanzialmente inutile) situazione in cui il controllo sulla tempestività delle iscrizioni ex art. 335 *quater*, sia richiesto dopo la conclusione delle indagini e quindi *post discovery*.

Da ultimo, appaiono davvero fuori luogo le disposizioni con cui si perpetua l'inefficace (anzi inesistente) controllo routinario affidato al PG sul rispetto dei termini d'indagine con una congerie di regole che è arduo non definire «cervellotica»¹².

Come si diceva, abbiamo tra le mani una riforma che divora le sue stesse innovazioni, in una sorta di manifestazione esemplare del concetto di ineffettività della norma.

Non occorrerebbe molto qui, ad un'ipotetica riforma della riforma, per rendere realmente efficace la *voluntas legis* -peraltro costituzionalmente obbligata- di restituire legalità alla gestione dei tempi delle indagini.

Chi scrive concorda in pieno con l'osservazione¹³ per cui l'unica misura davvero terapeutica sarebbe l'improcedibilità dell'azione penale al decorso del termine d'indagine, per imporre il rispetto di un *timing* che -ricordiamo nuovamente a scanso di equivoci- non è pura forma, ma sostanziale distruzione del diritto alla prova della difesa, consunto dal medesimo trascorrere del tempo.

Il fatto è che, con ogni probabilità, una soluzione del genere esigerebbe un vero e proprio rivolgimento culturale, al momento difficile da prefigurare.

Viceversa è ben possibile incidere sulle fattispecie di controllo previste dalla riforma, trasformandone le parti che abbiamo definito autofaghe.

Il controllo sul *timing* delle iscrizioni dovrebbe avvenire eliminando l'inciso per cui il giudice si pronunzia per la retrodatazione solo laddove il ritardo nell'iscrizione sia grave e ingiustificato; entrambi gli aggettivi possono, tutt'al più, trovare posto all'interno di un giudizio disciplinare sulla singola persona del magistrato, ma appaiono sistematicamente irrelati in una disposizione in cui non si discute della legittimità o meno delle condotte dell'inquirente, ma piuttosto del diritto dell'indagato (e anche della persona offesa)¹⁴ alla ragionevole durata delle indagini preliminari; un diritto che, evidentemente, non è e non può essere bilanciato con quelle "difficoltà organizzative dell'ufficio" che consentono da anni -giustappunto in sede disciplinare- di giustificare ritardi e carenze varie del singolo.

¹² GIALUZ, *op. cit.*, p. 46.

¹³ MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *questa Rivista (web)* 2022, 7.

¹⁴ Da ultimo, Corte EDU, 18 marzo 2021, Petrella c. Italia.

Inutile aggiungere che la richiesta di controllo sulla tempestività dell'iscrizione dovrebbe comportare *expressis verbis* l'obbligo per il pubblico ministero di depositare tutti gli atti da cui, contrariamente alla prospettazione del richiedente, emergerebbe la tempestività dell'iscrizione in sé o dell'iscrizione nominativa.

L'istituto delle proroghe, a sua volta, dovrebbe essere l'eccezione rispetto alla regola e, in questa prospettiva, la proroga andrebbe motivata esclusivamente sulla scorta della necessità di coltivare temi d'indagine specifici o altrettanto specifici atti investigativi, in un sub-procedimento dove il controllo sia riservato ad un GIP chiamato ad decidere in assenza di contraddittorio; trattasi di una condizione inevitabile a cagione del segreto investigativo, questa è la verità oggi nascosta dietro il paravento di un contraddittorio finto, in quanto svolto in assenza di dati su cui dibattere; ma siffatta assenza di contraddittorio con la difesa dell'indagato consentirebbe pure al GIP la piena disponibilità del fascicolo.

E' altrettanto chiaro che una struttura di controllo di questo tipo postula anche la garanzia di una verifica postuma sul provvedimento di proroga emesso, che dovrebbe essere dichiarato espressamente censurabile e, se del caso annullabile, nelle fasi susseguenti del processo, per mancanza di motivazione sulla specificità dei temi investigativi e/o degli atti da compiere.

Per finire, la stasi del pubblico ministero che trattenga il fascicolo senza decidere alcunché in merito alle alternative decisorie a lui spettanti e senza neppure emettere l'avviso di cui all'art. 415*bis* c.p.p. -un fenomeno noto, che allunga a dismisura il momento finale del segreto investigativo e la doverosa conoscenza degli atti in capo all'indagato e alla persona offesa- dovrebbe essere rimediata senza coinvolgimento delle Procure Generali, assolutamente inidonee ad una efficace gestione del controllo in parola, affidandolo esclusivamente al GIP, adito con un incidente simile a quello previsto dal nuovo art. 415*ter*, ma depurato appunto dal "cervellotico" meccanismo di coinvolgimento della Procura generale.

È appena il caso di aggiungere-in una prospettiva realmente attenta all'effettività- che la notificazione dell'avviso di scadenza dei termini d'indagine, prevista proprio dall'art. 415*ter*, rende del tutto inutile la sopravvivenza di quell'altro istituto, di cui proprio la prassi ha denotato l'inefficacia, che è l'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415*bis* c.p.p.

Una notazione finale, a proposito di indagini e di norme destinate all'ineffettività: la registrazione fonografica delle sommarie informazioni testimoniali, prevista dai riformatori quando si procede per taluno dei reati previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., oppure quando la persona chiamata a rendere informazioni ne faccia richiesta (previo avviso alla medesima in merito a detta possibilità), è un'altra disposizione normativa preziosa, indispensabile ausilio in una quantità di occasioni in cui la mancata verbalizzazione delle domande e la sintetica resa delle risposte, rendono impossibile un controllo reale sul *dictum* del dichiarante.

Il *bug* - ancora una volta - sta nella struttura di contorno: collegare la registrazione del colloquio testimoniale ad una richiesta da parte dell'audito, sia pure previamente avisato di tale possibilità, è previsione anzitutto sistematicamente erronea, perchè l'interesse alla "qualità" dell'accertamento e il principio di necessaria trasparenza delle indagini preliminari, su cui ripetutamente s'è intrattenuta la CEDU¹⁵, non sono interessi cedibili nelle mani dell'occasionale volontà della persona ascoltata a sommarie informazioni testimoniali. Inutile poi aggiungere - dopo un simile errore "sintattico" - che, congegnato in questa maniera, il *novum* rischia ancora una volta di arenarsi su soglie d'uso marginali.

Epperò anche qui, il miglioramento potenziale, invece, è operabile con un tratto di penna, cancellando, cioè, le condizioni oggi apposte all'uso della registrazione e rendendola, di fatto, un meccanismo atto a contribuire alla trasparenza di operato delle istituzioni, come pure all'accelerazione dei tempi d'operatività della PG, ancora oggi legati alla vetusta verbalizzazione amanuense/computerizzata.

Restano i costi di trascrizione, che il principio di realtà impone sì di considerare, ma che i principi costituzionali impediscono di bilanciare con il diritto di difesa e con quello che dovrebbe essere l'interesse statuale ad una giustizia di qualità.

3. *Azione penale e archiviazione.* Qui il testo della riforma arriva ad un vero *punctum dolens*, capace di scardinare l'intero sistema, per trasformarlo in qualcosa di nuovo e diverso, ma probabilmente peggiore di quello traballante con cui ci confrontiamo quotidianamente.

¹⁵ Si veda, sul punto, l'ampia trattazione di MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in questa *Rivista (web)* 2019, *passim*.

L'oggi è ben noto e dunque presto detto: l'azione penale viene troppo spesso esercitata in modo "apparente", sulla base di indagini gravemente incomplete e certo irrispettose del dettato di cui all'art. 358 c.p.p.; l'udienza preliminare, per converso, non esercita la famosa funzione di filtro, capace di bloccare sul nascere giusto i casi di esercizio apparente dell'azione penale; detta situazione, è stata da anni analizzata a livello scientifico in ogni potenziale nuance, e le conclusioni di quegli studi risultano ora asseverati dal numero dei proscioglimenti dibattimentali, controprova tanto dell'esercizio apparente dell'azione e della natura incompleta delle indagini, quanto della mancanza di un effettivo controllo esercitato nei casi in cui l'udienza preliminare dovrebbe offrire il suo vaglio.

La scelta riformista è stata chiara sin da principio: estendere lo *spatium agendi* dell'udienza preliminare, allargandone i confini sino ad includere i giudizi a citazione diretta, al contempo ampliando il canone decisorio imposto al giudice, spinto a tutti gli effetti verso quel vaglio di pieno merito che è ovviamente incluso nella formula della ragionevole previsione di condanna.

Identica formula -è naturale- viene chiamata anche a presiedere la scelta del pubblico ministero tra azione penale e archiviazione, posto che egli dovrà decidere nel primo senso solo allorquando ritenga ragionevolmente di poter prevedere una condanna sulla base degli elementi raccolti nel suo fascicolo.

Tra i molteplici contributi dottrinali apparsi sul tema in questi mesi, vi è solo da scegliere nel novero di difetti addebitati ad una costruzione siffatta.

La critica probabilmente più calzante è quella che sottolinea il disastro sistematico implicito in una regola che allarga sì i poteri decisorii del giudice e le capacità di filtro dell'udienza preliminare, ma produce pure, come effetto secondario alquanto evidente, la trasformazione dell'eventuale provvedimento che dispone il giudizio in un manganello contro l'imputato, destinato a dirigersi verso il dibattimento sulla scorta di una (non dichiarata, ma evidentemente implicita) valutazione di "probabile condannabilità"¹⁶.

¹⁶ Per tutti v. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *www.dis-crimen.it*, 2021, 1 ss.: «è facile che i giudici del dibattimento, invertendo i termini della regola di giudizio, vedano in chi è rinviato a giudizio un imputato del quale è ragionevole pronosticare la condanna». Ma si vedano anche le diversificate riflessioni di GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in questa *Rivista (web)* 2022, 1 ss., ma anche DEL COCO, *La verifica preliminare dell'accusa*, in *"riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Milano, 2022, 169 ss.

E' quasi banale, in questa prospettiva, il rilievo per cui l'accentramento della formula sulla verosimiglianza della condanna entra in urto inevitabile con la presunzione d'innocenza¹⁷, posto che il pre-giudizio con cui l'imputato giungerebbe in dibattimento, risulta fondato su materiale raccolto unilateralmente dall'accusa, di guisa che il *novum* si candida immediatamente al sospetto di illegittimità costituzionale.

Il disegno sotteso a questo costrutto sembra essere qualcosa di più di una semplice, seppur drastica, modalità di controllo sull'operato del p.m., finalizzata ad evitare l'aggravio dei tribunali.

Rileviamo un dato che crediamo inequivoco: l'effettività del controllo da parte del giudice è postulabile solo sulla scorta del presupposto che le indagini siano complete, tanto in sede di richiesta di archiviazione, quanto in sede di udienza preliminare; se le investigazioni compiute sono prive di siffatto requisito, il giudice sarà per lo più in grado di avvedersene solo grazie ad eventuali sollecitazioni in tal senso ad opera delle parti private, che riescano nell'avventurosa sorte di implementare il fascicolo con materiale probatorio frutto d'indagini difensive.

Il (reale) problema della qualità delle investigazioni e della loro indispensabile completezza, è rimasto però intoccato dai riformatori e ciò trasforma, ancora una volta, la formula della ragionevole previsione di condanna in una parvenza di norma, posto che la "ragionevolezza" di quel pronostico è logicamente agganciata ad una (completa) conoscenza del quadro storico sotteso alla *notitia criminis*; non occorre molto per avvedersi che un'investigazione ignara di potenziali temi d'indagine favorevoli all'indagato non può, per definizione, fondare valutazione (ragionevole) alcuna.

Se si parte da questo presupposto, il disegno effettivo diventa più nitido: visto che alcuna nuova disposizione risulta collocata a presidio della completezza del quadro offerto al giudicante e che, per converso, l'art. 421bis c.p.p. è relegato dalla prassi al rango di inutile orpello codicistico¹⁸; visto, ancora, che le

¹⁷ Come limpidamente precisato, l'urto con la presunzione d'innocenza è scongiurabile solo qualora si conferisse effettività a disposizioni codicistiche sin qui intonse dalla prassi: «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.40. 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». Così GAITO-LANDI, *"L'altare e le forse inevitabili vittime"*, cit., 12.

¹⁸ Per utili riflessioni sull'istituto v. GARUTI, *op. cit.*, 14.

investigazioni difensive –potenziale surrogato dell’inevaso obbligo di cui all’art. 358 c.p.p.- denunciano da tempo la loro natura di istituto prezioso, epperò sostanzialmente “disarmato” da una giurisprudenza profondamente incline a considerarle con stolido sospetto¹⁹; tutto ciò premesso, la conclusione logica risulta essere che lo scopo profondo della riforma non è in effetti quello di incrementare il controllo sull’operato del p.m., bensì quello di disincentivare la scelta difensiva di arrivare in dibattimento.

Si tratta, a ben vedere, di un esito piuttosto ovvio; se la riforma dovesse entrare in vigore con questi tratti, la difesa si troverà davanti ad una scelta tanto obbligata quanto mostruosa: rischiare l’udienza “filtro”, rischiando appunto, al suo esito, di presentarsi dinanzi al giudice dibattimentale gravata dalla pronunzia implicita di “presumibile condannabilità”, oppure adire un rito semplificato accettando di esser giudicati sulla scorta dei contenuti del fascicolo del pubblico ministero. Tra Scilla e Cariddi, viene da dire.

Eppure, non occorrerebbe molto per rivitalizzare un’udienza che ha l’essenziale scopo di sottrarre l’imputato ad un potenziale processo inutile, che di fatto è un gratuito anticipo di pena.

Nei vari dibattiti sul punto non sembra, in effetti, emerso un dato di valore: la formula dell’inidoneità dei materiali raccolti durante le indagini a sostenere l’accusa in giudizio –di per sé ottima, incentrata com’è su una valutazione che è e rimane “in rito”²⁰- è stata privata di significato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, cristallizzata da tempo nel censurare le sentenze di non luogo che non approfondissero il profilo della «suscettibilità di sviluppo in sede dibattimentale»²¹ del materiale probatorio contenuto nel fascicolo del p.m.

¹⁹ Si veda in particolare la (davvero) scandalosa pronunzia di Cass., Sez. IV, 29 marzo 2018, Lacchetta e altri, in *questa Rivista (web)* 2018, con commento di PERONI, *Indagini difensive e accesso alla documentazione della P.A.: tra limiti codicistici, resistenze giurisprudenziali e nuovo Freedom of Information Act*.

²⁰ Volentieri ricordiamo sul punto una delle icastiche frasi di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 977, spesa a proposito della sentenza di non luogo a procedere: «questa sentenza non decide sul reato: anche se contiene formule quali “il fatto non sussiste” o “l’imputato non lo ha commesso” e via seguitando, attiene al processo; bisognava stabilire se N fosse rinviabile a giudizio. No, ha risposto il giudice: materiali adottati e prove annunciate non fondano prospettive adeguate; l’imputazione abortisce».

²¹ Una celere ma efficace ricostruzione dell’annosa giurisprudenza sul punto, può leggersi in DE SANTIS, *Genesi ed evoluzione della regola di giudizio in udienza preliminare*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 146 ss.

Il criterio in parola –elevato a canone aggiuntivo del vaglio affidato al GUP– ha un suo fondamento apparente, in questa misura: la possibilità di sviluppo in sede dibattimentale sembra concetto innegabile, addirittura scontato in un ordinamento giuridico che eleva al valore di prova esclusivamente quella acquisita nel contraddittorio delle parti, non solo per la sua squisita pertinenza al diritto di difesa, ma anche a ragione della superiorità euristica del metodo.

È un dato di fatto che la testimonianza acquisita con il metodo dell'esame incrociato si rivela capace di cogliere fondali ignoti al verbale di sommarie informazioni testimoniali; così come è un dato di fatto che la disamina della prova scientifica in dibattimento, se ben condotta, produce risultati probatori di ben altro valore rispetto alle consuete relazioni scritte con cui gli esperti sciorinano, in assoluto solipsismo dialettico, le rispettive convinzioni.

Il punto è, però, tutt'altro: il giudice dell'udienza preliminare non è affatto chiamato a pronosticare sviluppi dibattimentali, bensì a verificare se il pubblico ministero abbia raccolto una piattaforma probatoria *ex se* idonea a supportare l'accusa.

Qui si annida l'equivoco di un'esegesi che ha pesantemente influito sulla funzionalità dell'udienza preliminare, ovvero nel non vedere che il ruolo di controllo del GUP è da condurre *hic et nunc*, ossia sulla base di quanto emerso durante le indagini preliminari; le sorti dibattimentali di quel materiale –che i testi confermino o meno i loro dicta, o che la consulenza del p.m. sia malfatta e un perito farebbe di meglio– è cosa che non può e non deve interessare il GUP, chiamato unicamente a verificare se quel materiale, allo stato della sua consistenza, sia idoneo o meno a sostenere l'accusa in giudizio.

La conferma di questo assetto risulta proprio dal negletto art. 421 *bis* c.p.p.: 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 affinché dia una chance alle prove addotte dall'accusa, bensì l'implementazione investigativa prevista dall'art. 421 *bis* c.p.p.

Una plausibile riforma del canone decisorio dell'udienza preliminare dovrebbe appunto chiarire che il giudice pronunzia sentenza di non luogo a procedere allorquando i materiali presenti nel fascicolo siano inidonei a so-

stenere l'accusa in giudizio allo stato degli atti e insuscettibili di sviluppi investigativi (non già dibattimentali) ulteriori.

Vale la pena ripeterlo: l'angolo prospettico da cui opera (*rectius*: deve operare) il GUP non è quello di chi è chiamato a verificare se l'imputato è (probabilmente) colpevole o (probabilmente) innocente –tipico vaglio di merito– bensì quello di chi verifica se l'azione penale è stata esercitata sulla scorta di materiale probatorio idoneo a supportarla; tipico vaglio di rito, la cui essenza emerge bene quando si rifletta che il GUP, per l'appunto, deve verificare (anche) se le indagini siano complete rispetto ai *themata* investigativi emergenti dalla notizia di reato e dalle susseguenti acquisizioni in fase d'indagine.

Parafrasando, in termini un po' paradossali, il celebre motto per cui la cassazione è giudice dei giudici, diremmo qui che il GUP non è giudice del fatto asseritamente commesso dall'imputato, ma dell'opera investigativa compiuta a suo carico e cristallizzata nel fascicolo.

E' su questo fraintendimento, come si accennava, che si è giocata –a parere di chi scrive– la funzionalità dell'udienza preliminare, un fraintendimento attecchito nella *vexata e risalente quaestio*, afferente alla natura della pronunzia terminativa dell'udienza preliminare, di merito o di rito, e fiorito nella sopra citata giurisprudenza della Suprema Corte.

Togliere di mezzo il fraintendimento restituirebbe nuovo spirito all'udienza preliminare e anzi, in questa prospettiva, la sua estensione a tutti i giudizi a citazione diretta e il suo incardinamento, per quella importante frazione, in capo ad un magistrato appartenente all'ufficio del dibattimento –certo poco propenso ad aggravare i ruoli del suo stesso ufficio di processi evidentemente superflui– sono progetti della riforma Cartabia che appaiono forieri di novità positive.

Purché, evidentemente, si cambi la formula chiave proposta oggi con i temibili nuovi canoni di esercizio dell'azione penale.

Solo a margine notiamo: se lo scopo perseguito dal legislatore della riforma è quello di estendere l'uso del filtro dell'udienza preliminare, inteso come modulo prediletto per impedire il sovraccarico dei ruoli di udienza dibattimentale, pare chiaro che lo scopo rischia di venire frustrato dall'enorme uso del giudizio immediato che viene fatto dalle Procure.

Il giudizio immediato, cautelare o per evidenza della prova, cancella quella che il codice ha costruito come una chiara posizione giuridica soggettiva di diritto esistente in capo all'imputato, rappresentata dal diritto al vaglio di un

giudice chiamato *ex lege* a valutare la legittimità delle determinazioni assunte nell'esercizio dell'azione penale: la sottrazione di questo diritto, altrimenti previsto e tutelato dal codice, si consuma in un vaglio del GIP, sulla sussistenza dei presupposti dell'immediato, troppo spesso sommario, non foss'altro che perché condotto in assenza di contraddittorio, ad onta del rilievo di quello che, ad esempio, andrebbe operato sull'asserita evidenza della prova.

Quando si assiste allo scempio di un processo per omicidio celebrato in assise previa amputazione dell'udienza preliminare, aggirata dalla richiesta di rito immediato, solo allora, forse, si comprende quanto sia grave che questo (autentico) diritto dell'imputato al controllo sull'operato investigativo sia cancellato per iniziativa sostanzialmente solipsistica ... del controllato.

4. ... e il dibattimento. I rilievi sarebbero molteplici: novità positive tralucono dalla sospirata calendarizzazione delle udienze dibattimentali, in nome di un altrettanto sospirato recupero del principio di concentrazione, indispensabile supporto del canone d'immediatezza.

Come al solito, però, manca il presidio di effettività del disposto, a dispetto dei ripetuti insegnamenti di Ferrajoli in merito alle disposizioni di legge sfornite di garanzie di giustiziabilità.

Laddove si rifletta che il principio di concentrazione è il presupposto esistenziale -diremmo- dell'immediatezza, è d'uopo chiedersi cosa accadrebbe laddove il giudice non ottemperasse alla regola di cui all'art. 477 innovato, secondo cui «quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente, dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede sulle richieste di prova, sentite le parti, stabilisce il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere».

Insomma, quali le soluzioni per il caso in cui, more italico, la norma rimanga lettera morta? Il legislatore, qui, appare dimentico della interstellare celerità con cui pur virtuose disposizioni codicistiche, magari apposte a presidio di posizioni costituzionalmente rilevanti, vengono cancellate da prassi distratte.

Il danno non è da poco, quando si rifletta che lo stesso legislatore della riforma ha poi previsto, sub art. 495, comma 4^{ter}, che «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesi-

me saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze».

È sin troppo noto che gli strappi al canone, sin qui illusorio, della concentrazione, producono l'effetto di lasciare il dibattimento soggiogato dai frequenti mutamenti di sede e di ruolo dei giudici, con conseguenze, in tema di rispetto del principio di immediatezza, che sono divenute devastanti a seguito delle Sezioni Unite Bajrami.

Il legislatore della riforma tenta qui di riportare il codice alle rime originarie²², ma sono, in verità, rime di ripiego, in cui il contatto non mediato tra il giudice e la prova nel corso della sua assunzione, viene sostituito dal contatto, mediato dalla videoregistrazione, dell'acquisizione probatoria già avvenuta; contatto, che sta alla versione costituzionalmente dovuta come una lezione universitaria in presenza sta alla lezione videoregistrata su piattaforma digitale in tempi di DAD; mentre, per converso, la regola che dovrebbe assicurare ottemperanza al principio di concentrazione e, con esso, anche all'attenuazione dei casi di mutamento del giudice in corso di dibattimento, è lasciata al *good will* del singolo, senza presidio alcuno di giustiziabilità dell'inottemperanza.

Siamo alle solite, dunque, secondo un modulo operativo che sembra esser diventato parte integrante del legiferare nostrano: è il fenomeno meravigliosamente illustrato da Ferrajoli, come si diceva, che ripetutamente (ed evidentemente senza seguito) addita la responsabilità dello Stato per l'«omessa produzione obbligatoria delle leggi di attuazione delle norme tetiche da cui i diritti sono stabiliti» con la conseguenza della loro «ineffettività strutturale»; concetto, questo, di centrale importanza, seguendo sempre il pensiero del grande studioso, sulla scorta dell'idea che siano quattro i principi sui quali si fonda, essenzialmente, lo stato costituzionale di diritto: «il principio di stretta legalità, che condiziona la validità delle leggi alla loro coerenza colle le norme costituzionali, precludendo come invalide le norme con queste in contraddizione o incompatibili; il principio di completezza, in base al quale i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti implicano l'obbligo di introdurre, con leggi di attuazione, le loro garanzie, sia primarie che secondarie; il principio di giuri-

²² Sul punto si vedano le belle riflessioni di MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell'immediatezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 135 ss. e RANALDI, *il dibattimento che verrà: prolegomeni di una riforma in fieri*, in *"riforma Cartabia"*, cit., 207 ss.

sdizionabilità e il principio di azionabilità, in base ai quali le violazioni di tali diritti implicano, quali garanzie secondarie, la loro giustiziabilità e ancor prima, la loro azionabilità davanti ad organi giurisdizionali»²³.

Poco può aggiungersi a queste parole, se non che la quantità di disposizioni “ingiustiziabili” e “inazionabili” di questa riforma, la condanna ad una inconcludenza che è palese sin d’ora.

Sul punto specifico qui esaminato, nuovamente è possibile dire che poche modifiche, ma essenziali consentirebbero di ottenere, almeno in parte qua, un modulo di funzionamento realmente efficace, almeno nella prospettiva di un processo (davvero) efficiente perché (anche) rispettoso dei precetti euristici che si trovano al fondamento del giusto processo: la regola per cui il giudice deve compiere, sin dall’inizio, un progetto di calendarizzazione delle udienze, dovrebbe essere statuita a pena di nullità; l’eventuale mutamento del giudice finirebbe col diventare evenienza marginale, in presenza di un costante rispetto del principio di concentrazione, e la reiterazione dell’esame del teste dinanzi al nuovo giudice dovrebbe –inevitabilmente, perché su certi principi non si deve e non si può transigere- essere riservata ai casi di consenso delle parti sul punto: un ritorno al codice pre-Bajrami, insomma, ma con un contenimento significativo delle ipotesi di rinnovazione.

5. Poche righe finali. Sarebbe un florilegio sconsolato, se non fosse, appunto, per le speranze accese dal rinvio dell’entrata in vigore della riforma Cartabia.

Nel riflettere su questo aspetto, occorre anche valutare la quantità di disposizioni cui non si fa cenno nel presente scritto: un reticolo complesso, che include e incastra reciprocamente anche regole, di notevole portata, sulla digitalizzazione del processo penale²⁴, inapplicabili tutte a quel 2 novembre originariamente previsto per l’entrata in vigore della legge e non meno al 31 dicembre.

²³ Tra le molte opera dell’illustre Maestro, v. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016, *passim*.

²⁴ Su cui si leggano gli approfondimenti e (anche) le precisazioni terminologiche di GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell’innovazione tecnologica*, Padova, 2022, *passim*.

Regole fondamentali nella prospettiva del diritto di difesa, quando si rifletta allo scempio attualmente cagionato dall'applicazione di tante disposizioni ereditate dai tempi del Covid.

Ma non solo: è impossibile dimenticare le (finte) novità in materia di impugnazioni, ovvero una plateale rimodulazione sulla scorta della situazione attuale, impregnata di rifiuto per gli spazi e i tempi della difesa.

In attesa di nova, restiamo in fiduciosa attesa.