

CONVEGNI

MARCELLO Busetto

Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*

Il contributo verte sui rapporti tra la regola di giudizio dell'udienza preliminare come modificata dalla "riforma Cartabia" e i poteri di integrazione conoscitiva del giudice. L'attenzione si estende anche all'udienza predibattimentale monocratica, per cogliere aspetti positivi ma anche nodi problematici di questo nuovo modello di filtro "allo stato degli atti".

Brief remarks on the new rule of adjudication in the preliminary hearing and ex officio evidentiary powers.

The paper deals with the relationship between the rule of adjudication applying within the preliminary hearing after the "Cartabia reform" and the evidentiary powers conferred to the judge in that context. In this perspective, some aspects of the new pretrial hearing before Single-Member Court are also considered.

Quando ha cominciato a farsi strada l'idea di intervenire sulla regola decisoria dell'udienza preliminare, alzando l'asticella necessaria ad ottenere il rinvio a giudizio, essa era legata a filo doppio a quella di ridurre drasticamente i poteri integrativi del giudice. Ad esempio, i progetti di riforma avanzati dalle Camere penali ai tempi delle "trattative" con il ministro Bonafede, puntavano non solo a incidere sul criterio di giudizio, ma anche ad abolire ogni intervento *ex officio*, sia quello disciplinato dall'art. 421 *bis* c.p.p.; sia quello previsto dall'art. 422 c.p.p., in cui l'assunzione delle prove che appaiano decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere avrebbe dovuto essere subordinata ad una richiesta difensiva¹. Infatti, era evidente che la modifica del crite-

* Testo, rivisto, dell'intervento tenuto al Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale dal titolo «Novità "a pioggia" sul processo penale: cinque tavole rotonde» (10 febbraio 2023), nell'ambito della tavola rotonda «Il filtro predibattimentale». È stato aggiunto un corredo essenziale di note, limitato alle fonti cui s'è fatto diretto riferimento nell'esposizione orale.

¹ V. i «Criteri direttivi dell'Unione» del 2 marzo 2019, nonché le «Proposte di intervento» della Giunta dell'UCPI del 13 marzo 2019, nell'ambito delle quali più precisamente si auspicava «l'abrogazione dell'art. 421 *bis* c.p.p.» (punto 7) e «la modifica dell'art. 422 c.p.p. nel senso che il giudice possa disporre l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere soltanto su richiesta di parte, e quando la prova sia idonea a dare dimostrazione negativa di un elemento della fattispecie penale o a introdurre un accertamento positivo di un elemento negativo, ossia le scriminanti, o di cause di non punibilità» (punto 8). La proposta è stata poi ripresa in seguito, negli identici termini, in un documento successivo (3 aprile 2021). Tutti i testi ora richiamati sono consultabili in www.camerepenali.it.

rio decisorio avrebbe finito, altrimenti, per determinare un'abnorme dilatazione di tali poteri.

Ebbene, è lecito supporre che sia proprio questo l'effetto destinato a prodursi per via delle nuove norme, in cui quel tassello s'è perso per strada e la modifica della regola di giudizio non è stata affiancata da un concomitante ripensamento e ridimensionamento dei poteri integrativi del giudice. Questi ultimi, infatti, pur rimasti invariati nella loro raffigurazione normativa, subiscono, proprio in virtù del nuovo parametro decisorio, due effetti riflessi: da un lato, crescono di intensità e, dall'altro, si connotano ulteriormente in chiave "inquisitoria".

Crescono di intensità perché è ovvio che, se il giudice è chiamato a valutare la probabilità della condanna (e non più la semplice utilità del dibattimento), la completezza del quadro conoscitivo diventa essenziale. Perciò, ogni benché minima lacuna che il pubblico ministero abbia lasciato nello svolgimento dell'indagine potrà e dovrà essere colmata. Per lo meno se i giudici dell'udienza preliminare prenderanno sul serio il nuovo canone e non si rifugeranno nella scappatoia di rinviare comunque a giudizio, confidando nell'assenza di motivazione. In effetti, è naturale, anche psicologicamente, che se la legge impone al decidente, nel dubbio sulla fondatezza dell'accusa, di porre immediatamente fine al processo e non più, come prima, di mandarlo avanti ("*in dubio contra actionem*"), egli sarà verosimilmente portato, prima di farlo, prima di prendersi la responsabilità di chiudere il processo, a dare fondo a ogni risorsa cognitiva disponibile.

E qui si colloca l'altro risvolto, ossia il carattere più marcatamente inquisitorio che l'integrazione conoscitiva assume per conseguenza della nuova regola di giudizio. In base a quest'ultima, le lacune, l'incompletezza dell'indagine, nella maggior parte dei casi, dovrebbero condurre, se non colmate, al non luogo a procedere, dato che non si dovrebbero più prendere in considerazione i possibili sviluppi dibattimentali della piattaforma probatoria. Perciò l'art. 421 *bis* c.p.p. vede ulteriormente accentuata la sua funzione di soccorso e sostegno all'organo dell'accusa, altrimenti destinato a soccombere. Dal canto suo, niente esclude che anche l'art. 422 c.p.p. venga usato in questa chiave, ossia per acquisire prove senza le quali si imporrebbe il proscioglimento: il significato del riferimento testuale a prove evidentemente decisive per tale sentenza è da sempre discusso e i più escludono che si possa leggerlo come divieto di assumere prove a carico, quando ciò sia necessario per sciogliere ogni residuo

dubbio². Fra i vari argomenti, va menzionato uno molto diffuso: sarebbe incongruo che il giudice non potesse assumere prove a carico non ancora raccolte, dal momento che queste ultime – in seguito – potrebbero legittimare la revoca della sentenza di non luogo a procedere. Si tratta di un argomento notevole, sul quale si tornerà con un accenno conclusivo.

Per ora va sottolineato che l'aver mantenuto anche *questo* potere istruttorio *ex officio* (quello dell'art. 422 c.p.p.), senza porre per esso adeguati e più severi limiti (ad esempio legandolo indissolubilmente ad una iniziativa della difesa, come appunto era stato proposto nei progetti di qualche anno fa) imprime al sistema un'ulteriore virata inquisitoria. La nuova regola di giudizio infatti amplifica – per le ragioni appena viste – la portata di un istituto che, da un lato, minaccia ancor più a fondo dell'ordine di proseguire le indagini l'imparzialità del giudice dell'udienza preliminare; e – dall'altro e soprattutto – è anche capace di condizionare ancor più pesantemente la fase successiva, perché tutti sappiamo che le dichiarazioni assunte in udienza preliminare, pur prive di diretta utilizzabilità in dibattimento, hanno in quella fase un'efficacia comunque privilegiata rispetto alle conoscenze raccolte in sede investigativa (il riferimento corre, naturalmente, alla disciplina delle contestazioni ed alla peculiare ipotesi acquisitiva prevista dall'art. 500 co. 6 c.p.p.). Perciò l'impiego dell'art. 422 c.p.p., quando non conduca alla pronuncia del non luogo, finirà per gettare sul dibattimento un'ipoteca ben più pesante del semplice pregiudizio psicologico; il quale peraltro a sua volta sarà destinato ad aumentare, visto che il rinvio a giudizio potrà dipendere da una prognosi di colpevolezza che il giudice dell'udienza preliminare, non solo dovrà aver valutato positivamente, ma potrà anche aver contribuito a costruire.

Nel complesso, pare confermata l'impressione da cui si sono prese le mosse e cioè che l'aspetto più criticabile della riforma stia proprio qui: non già (o non tanto) nell'aver mutato la regola di giudizio, ma nell'aver mantenuto, a fronte di questa metamorfosi, i poteri integrativi del giudice, sia *ex art. 421 bis* sia *ex art. 422 c.p.p.*, senza stringerli entro confini più robusti.

² In questo senso, tra altri, CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, 914 ss.; DANIELE, *L'udienza preliminare*, in *Fondamenti di procedura penale*, 3^a ed., a cura di Camon-Cesari-Daniele-Di Bitonto-Negri-Paulesu, Milano, 2021, 508. In senso contrario, AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, 30 ss. Riprende quest'ultima tesi rispetto ai testi attuali SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *questa Rivista*, 2022, 12 ss.

Ciò detto, chi scrive ritiene che si debba rifuggire dalla tentazione di cercare di ammorbidire in via interpretativa la nuova regola di giudizio, recuperando per essa una dimensione più sfumata e aperta; questa prospettiva certo attenuerebbe la piega inquisitoria del sistema, riducendo di riflesso l'ampiezza dei poteri istruttori *ex officio*, ma rischierebbe di decretare il fallimento dell'idea d'un filtro più potente, senza che nemmeno la si sia potuta sperimentare. Infatti, se è vero che il rinnovato canone decisorio di per sé non garantisce quest'esito (sempre per via del carattere immotivato del decreto che dispone il giudizio), ridimensionarlo farebbe correre il rischio che le cose rimangano esattamente come stavano *ante* Cartabia, abbandonando l'udienza preliminare alle istanze abolizioniste che, a quel punto, avrebbero dalla loro parte argomenti ancora più solidi.

Conviene allora collocarsi in una diversa prospettiva. E cioè guardare con forte attenzione all'altra grande novità della riforma dal punto di vista dei "filtri predibattimentali". Si allude alla nuova udienza predibattimentale monocratica, nella cui disciplina si coglie un aspetto di fondo che spicca nel paragone con l'udienza preliminare, proprio dal punto di vista qui considerato. Al riguardo, possiamo parlare di un modello diverso di filtro; e ciò non tanto - o non solo - per la competenza funzionale, attribuita ad un giudice dello stesso tribunale (il filtro "intraneo" per usare l'etichetta coniata da Ennio Amodio³); ma anche e soprattutto perché la nuova e più severa regola di giudizio è stata accoppiata alla radicale assenza di qualsiasi potere integrativo del giudice. Si tratta davvero di un filtro "allo stato degli atti", senza poteri di soccorso da parte del giudice; un filtro volto, puramente e semplicemente, a bloccare l'azione costruita dal pubblico ministero su basi zoppicanti anche se essa potrebbe rivelarsi proficuamente sostenibile alla luce di ulteriori accertamenti. Un filtro "sanzionatorio", potremmo dire, non già "cooperatorio" come invece è quello dell'udienza preliminare. Insomma, nel nuovo istituto ritroviamo *mutatis mutandis* l'idea propugnata a suo tempo dalle Camere penali: modificare in senso più rigoroso la regola di giudizio, ma escludere qualsiasi potere istruttorio *ex officio* del giudice, così da evitare le molte implicazioni negative tratteggiate poco fa.

Certo: occorrerà vedere come funzionerà questo meccanismo nella prassi. Sotto questo profilo, si tratta realmente di una "scommessa", come si conti-

³ AMODIO, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, 14 ss.

nua a ripetere pure ad altro e più generale riguardo. Può darsi che l'assenza di poteri integrativi sortisca in pratica l'effetto contrario, cioè spinga a prendere sottogamba la nuova regola di giudizio, accordando per tal via maggiore "indulgenza" all'organo dell'accusa, confidando negli sviluppi dibattimentali e - pure qui - nell'assenza di motivazione della decisione di proseguire il dibattimento. Ma se non sarà così, il modello del "filtro sanzionatorio" potrebbe eventualmente fungere da matrice, in futuro, per passi più coraggiosi (e più coerenti) anche rispetto alla disciplina dell'udienza preliminare⁴.

Proprio perché si tratta di una prospettiva particolarmente apprezzabile, va conclusivamente segnalato un punto importante, su cui si gioca la coerenza di questo nuovo modello di filtro "allo stato degli atti" e sul quale tuttavia c'è molta ambiguità nelle nuove norme. Esso concerne la revoca della sentenza di non luogo a procedere emessa al termine dell'udienza predibattimentale. In proposito, c'è un riferimento che colpisce: la revoca è disposta se le nuove fonti di prova scoperte o sopravvenute dopo la sentenza «possono determinare l'utile svolgimento del giudizio» (art. 554 *quinquies* co. 1 c.p.p.). Viene ovviamente da chiedersi quale significato assuma questo richiamo all'utilità del giudizio. Si deve ritenere che, ai fini della revoca, valga un criterio diverso di quello che opera nell'udienza filtro (non la nuova regola, cioè la probabile condanna, ma l'utilità del dibattimento, cui sembra appunto alludere il testo della norma)?

Nella relazione che accompagna il decreto legislativo troviamo uno spunto che parrebbe portare in questa direzione e che si raccorda proprio alla scelta di costruire il filtro predibattimentale come filtro "allo stato degli atti", senza alcuna integrazione conoscitiva. Nella relazione si sottolinea infatti che, per coerenza con questa scelta, si è previsto che neppure la procedura di revoca possa condurre ad una riapertura delle indagini⁵, a differenza da quanto accade rispetto alla sentenza di non luogo a procedere emessa in udienza preliminare: come è noto, in quest'ultima ipotesi, se le nuove fonti di prova non sono state ancora acquisite (nel senso che esse sono state solo individuate ma

⁴ Del resto, che questo meccanismo nasca con una vocazione espansiva risulta chiaro anche dalla scelta - solo apparentemente contraddittoria - di estenderlo a casi in cui in precedenza si seguiva il rito con udienza preliminare: il riferimento corre al passaggio di taluni reati di competenza del tribunale monocratico dal rito ordinario a quello a citazione diretta (art. 32 co. 1 lett. a d. lgs. 10 ottobre 2020, n. 150).

⁵ Relazione illustrativa al d.lgs. 150 del 2022, dove si legge che «in conformità alla delega, che vuole che anche la sentenza in esame sia revocabile, se ne è dettata una disciplina specifica, come pure impone la delega, per tener conto del fatto che l'esito non può mai essere la riapertura delle indagini».

non se ne è potuta saggiare la portata proprio per via del divieto scaturente dal non luogo⁶), il pubblico ministero può chiedere, contestualmente alla revoca, la riapertura delle indagini, a seguito delle quali, se la fonte sopravvenuta s'è rivelata inconsistente (ossia, in base alla nuova regola, inidonea a reggere una previsione di condanna) dovrà determinarsi per l'archiviazione (art. 436)⁷; non così nel caso di sentenza predibattimentale, la cui revoca può condurre soltanto, direttamente, alla prosecuzione del giudizio (art. 554 *quinquies* co. 4 c.p.p.). Sulla base di questo rilievo, si potrebbe essere tentati di dare un senso al criterio meno severo: quando il pubblico ministero, dopo il non luogo, abbia avuto notizia dell'esistenza di nuove fonti, che però non siano state ancora acquisite, non potendo ottenere la riapertura dell'indagine per verificarne lo spessore, può ottenere direttamente il giudizio anche se non è possibile prevedere con sicurezza in che direzione porterà la nuova acquisizione (e quindi sulla base del criterio della semplice utilità del dibattimento).

Ebbene, se una lettura del genere si affermasse, l'identità e la coerenza del nuovo filtro sarebbero irrimediabilmente compromesse, specie a fronte d'un indirizzo consolidato che, ai fini della revoca, non distingue tra nuove fonti di prova effettivamente sopravvenute (*noviter reperta*) e nuove fonti già note e non acquisite per negligenza del pubblico ministero (*noviter deducta*)⁸. Il pubblico ministero negligente, pur non potendo puntare ad una integrazione delle indagini, né in sede di udienza filtro, né in sede di revoca, potrebbe conseguire - in quest'ultima sede - direttamente la celebrazione del dibattimento e per giunta sulla base d'un criterio meno vantaggioso per l'imputato già destinatario del non luogo! D'altra parte, anche in caso di prove effettivamente sopravvenute (e dunque la cui mancata acquisizione non sia imputabile ad una negligenza del pubblico ministero), sarebbe inaccettabile e persino paradossale che l'imputato venga trattato peggio, dal punto di vista dei pre-

⁶ Nel senso che prima della revoca della sentenza di non luogo a procedere sia vietato lo svolgimento di ulteriori indagini, Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, Romeo, in *Cass. pen.*, 2001, 48 ss.

⁷ È appena il caso di ricordare che l'epilogo archiviativo dopo un precedente esercizio dell'azione penale viene da sempre considerato sistematicamente anomalo: perciò, per evitare il paradosso d'un imputato già destinatario del non luogo che possa trovarsi, a quadro immutato, nella più svantaggiosa situazione determinata dal provvedimento di archiviazione, si è autorevolmente ritenuto che, qualora le indagini non portino i frutti sperati, la revoca venga meno e la persona riacquisiti la qualità di prosciolto ex art. 425 c.p.p. (CORDERO, *op. cit.*, 974).

⁸ In questo senso, ad es., GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996, 345 s.; SPANGHER, *Art. 434*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. IV, Torino 1990, 748.

supposti della celebrazione del dibattimento, solo perché la prova è stata scoperta dopo la sentenza di non luogo.

Proprio l'assurdità delle conseguenze impone di concludere diversamente. Quali che fossero le intenzioni del legislatore, il riferimento contenuto nell'art. 554 *quinquies* co. 1 c.p.p. va letto alla luce del sistema e ricondotto alla regola di giudizio consueta (probabilità della condanna). Quindi, in caso di nuove prove non ancora acquisite, proprio perché il pubblico ministero non può sondarne la consistenza attraverso un'ulteriore attività investigativa, e valutare se esse giustifichino una prognosi di condanna, la revoca non è consentita⁹. Essa sarà possibile solo quando le nuove prove siano – per così dire – già pronte (perché, ad esempio, provengono da altri procedimenti o sono state spontaneamente offerte) e autorizzino, senza ulteriori verifiche, una ragionevole previsione di condanna.

Questa conclusione ha però una conseguenza notevole. In effetti, occorre convenire che nel procedimento a citazione diretta l'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere sia più forte di quella della stessa sentenza emessa all'esito dell'udienza preliminare: nel primo caso, davanti a una nuova fonte di prova non ancora acquisita, la revoca non è mai ammessa e perciò non si potrà mai giungere ad una riapertura del processo.

Anche questa a ben vedere è un'aporia. Forse non del tutto inaccettabile, in realtà: infatti, la sentenza predibattimentale è emessa pur sempre da un giudice del dibattimento, sicché la maggiore "autorevolezza" di quest'ultimo rispetto al giudice dell'udienza preliminare, data dalla sua competenza funzionale (e volendo attestata anche dall'art. 28 co. 2 c.p.p. che, in caso di conflitto, assegna prevalenza al giudice del dibattimento), potrebbe giustificare che la sentenza di non luogo predibattimentale somigli di più ad un proscioglimento vero e proprio dal punto di vista dell'effetto preclusivo¹⁰. È certo però che la soluzione più lineare consisterebbe nell'uniformare i due filtri sotto questo particolare profilo.

⁹ Così DANIELE, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *questa Rivista*, 2023, 13, nt. 41. Nello stesso senso, D'ALESSIO, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta*, in *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 549, il quale ulteriormente osserva che difficilmente nella prassi siano «rinvenibili fonti di prova, quanto meno sopravvenute, che non richiedano una preventiva attività investigativa».

¹⁰ AMODIO (*op. cit.*, 25) – su queste stesse basi – ha prospettato una soluzione analoga in ottica *de iure condendo*, perciò essa, nei limiti indicati nel testo, potrebbe forse giustificarsi pure *de iure condito*.

Tuttavia, fermo restando che occorrerebbe comunque un intervento del legislatore, questa ipotetica equiparazione non potrebbe avvenire abbassando il livello preclusivo della sentenza predibattimentale, a meno che non si voglia fare marcia indietro rispetto all'idea d'un filtro allo stato degli atti: infatti, per ridurre quel livello occorrerebbe prevedere che anche tale sentenza possa essere revocata al fine di svolgere ulteriori indagini in relazione a nuove fonti di prova non ancora acquisite, e ciò a sua volta imporrebbe, per coerenza, di consentire una integrazione istruttoria anche a monte della revoca e dunque già nell'udienza filtro; va rammentato, qui, l'argomento tradizionalmente spesso a proposito dei poteri integrativi del giudice dell'udienza preliminare: sarebbe illogico che il giudice del filtro non possa ordinare d'ufficio quella stessa appendice conoscitiva che, l'indomani, potrebbe legittimare una richiesta di revoca. Insomma, salvo un ripensamento e uno stravolgimento complessivo dell'istituto di nuovo conio, l'equiparazione fra le due sentenze di non luogo a procedere sotto il profilo dell'efficacia preclusiva, potrebbe avvenire solo "verso l'alto", ossia assimilando quella emessa in udienza preliminare a quella pronunciata nell'udienza predibattimentale monocratica.

Ed allora, una volta che il legislatore si spingesse a stabilire che la revoca del non luogo non sia mai consentita al fine di svolgere ulteriori indagini, saremmo già un poco più avanti nella strada che potrebbe condurre a eliminare pure quegli anomali poteri integrativi *ex officio* che gli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p. continuano a prevedere. Per lo meno, verrebbe a mancare proprio l'argomento - or ora ricordato - che da sempre milita nel senso della necessità di mantenerli.