

CONVEGNI

SUSANNA MARIA LIVI

Nuovi oneri in capo al pubblico ministero

Il d.lgs. n. 150 del 2022, per esigenze deflative, ha modificato la regola in base alla quale il pubblico ministero, al termine delle indagini, deve scegliere se richiedere l'archiviazione o il rinvio a giudizio. La nuova disciplina pone in capo al pubblico ministero responsabilità inedite, demandandogli di prevedere il ragionevole esito del processo. L'elaborato analizza le nuove disposizioni, con particolare attenzione al rischio che la valutazione del p.m., per la maggiore precisione richiestagli, influenzi il giudice. Si esamina perciò anche l'accresciuta esigenza di garantire il confronto anticipato fra pubblico ministero e indagato, previsto dall'art. 415-bis, affinché il secondo convinca il primo ad evitare il giudizio.

New responsibility on the public prosecutor.

The Legislative Decree n. 150 of 2022, for deflationary needs, modified the rule according to which the public prosecutor, at the end of the investigation, must choose whether to request the archiving or indictment. The new discipline places new responsibilities on the public prosecutor, asking him to predict the reasonable outcome of the trial. The document analyzes the new provisions, with particular attention to the risk that the assessment of the prosecutor, due to the greater precision required of him, influences the judge. Therefore, the increased need to guarantee the anticipated confrontation between the public prosecutor and the suspect, foreseen by art. 415bis of the Code of Criminal Procedure, so that the second can convince the first to avoid the trial.

SOMMARIO: 1. Premessa: un nuovo parametro per archiviare. – 2. Le argomentazioni nel prisma dell'obbligatorietà dell'azione penale. – 3. Compatibilità con il paradigma del processo accusatorio. – 4. La responsabilizzazione del p.m. – 5. Vecchie questioni, nuove prospettive.

1. *Premessa: un nuovo parametro per archiviare.* L'archiviazione prevista dal codice del 1988, a norma dell'art. 408, poteva essere richiesta dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari quando la notizia di reato si fosse rivelata infondata, ossia, secondo la specificazione dell'art. 125 disp. att. c.p.p., ora abrogato, quando gli elementi raccolti durante le indagini fossero inadeguati a sostenere l'accusa in giudizio. Tale criterio dell'"inidoneità", rimasto immutato dal 1988, favoriva l'azione in tutti quei casi in cui le indagini lasciassero dubbi utilmente definibili in dibattimento. Secondo l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale, infatti, l'archiviazione poteva essere richiesta e doveva essere disposta solo in ipotesi di non dubbia superfluità del processo, in coerenza con il principio di *favor actionis* di cui all'art. 112 Cost¹.

¹ La nota pronuncia, Corte cost., n. 88 del 1991, ha rilevato la conformità costituzionale dell'art. 125 disp. att. c.p.p. con l'art. 76 Cost. laddove prevedeva l'*infondatezza* della notizia di reato come presupposto per l'archiviazione, e non la *manifesta infondatezza* cui aveva, invece, fatto riferimento la legge di delega al Codice di procedura penale (art. 2, direttiva n. 50, L. 81/1987), poiché in ogni caso l'infondatezza doveva essere tale da non contrastare il principio di obbligatorietà dell'azione penale che «esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice». V. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 341 ss.; VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, 102 ss.

Come conseguenza di tale regola, che rendeva l'archiviazione residuale, è sempre stato copioso il numero di processi conclusi con l'assoluzione². La deflazione, avevano dichiarato i Giudici delle leggi, non andava operata in sede preliminare: «il legislatore delegante non ha considerato l'archiviazione in funzione deflattiva [...] a tal fine, sono stati previsti altri strumenti, quali i riti alternativi ed un largo impiego del procedimento pretorile»³. E d'altro canto, negli anni, anche le modifiche al Codice hanno provato ad alleggerire i processi per altre vie, incidendo – piuttosto – sulla regola di giudizio dell'udienza preliminare⁴. Fino a quando, con il tentativo di riforma “Bonafede” (testo A.C. 2435 del 2020), si è proposto che l'archiviazione conseguisse alla presenza di elementi di indagine insufficienti, contraddittori o che comunque non consentissero una ragionevole previsione di accoglimento della prospettiva accusatoria⁵.

La Commissione Lattanzi, chiamata a rielaborare tale proposta di riforma, ha indicato l'opportunità di modificare l'art. 125 disp. att. c.p.p. e prevedere l'archiviazione in assenza di una ragionevole previsione di accoglimento, nel

² V. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'Legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 9; v. l'accurata indagine di VALENTINI, *Riforme statistiche e altri demoni*, in *questa Rivista*, 2021, 3, 15 ss.; cfr. Eurispes - Unione Camere Penali Italiane: Secondo Rapporto sul Processo Penale, in *www.eurispes.eu*, 18 ottobre 2019.

³ Così Corte cost., 15 febbraio 1991, cit.

⁴ Un intervento che ha inciso sulla scelta, a monte, del pubblico ministero, di richiedere il rinvio a giudizio è scaturito dall'introduzione – con la l. 16 dicembre 1999, n. 479, cd. Legge “Carotti” – del 415-bis, che obbliga l'accusa, su richiesta, a confrontarsi con l'indagato, con un'anticipazione del contraddittorio che dovrebbe favorire l'archiviazione quando opportuna. Cfr. in argomento AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, 26; CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 278 ss.; CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2003, 902, per il quale la norma è poco coerente con il sistema accusatorio.

⁵ In merito cfr. GARUTI, *Il “d.d.l. Bonafede” riformulata timidamente la durata delle indagini*, in *questa Rivista web*, 2020, 3, 1 ss.; LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo, che ora scorre senza contrappesi*, in *questa Rivista web*, 2020, 1, 1 ss.; TRIGGIANI, *La “riforma Bonafede” della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (...anche a discapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 3. Scrivevano GIALUZ - DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 145 ss.: «una possibile via per introdurre un filtro effettivo al momento dell'esercizio dell'azione penale potrebbe essere quella di abolire la regola di giudizio prognostica e sostituirla con una diagnostica, fondata sul principio fondamentale dell'*in dubio pro reo*. In quest'ottica, i pubblici ministeri e i giudici per le indagini preliminari non sarebbero più tenuti a considerare le possibili evoluzioni del materiale raccolto, ma soltanto a valutare, in modo statico, la serietà del compendio probatorio esistente *ex actis*, disponendo l'esito liberatorio in ogni caso di prova insufficiente o contraddittoria».

processo, della tesi accusatoria⁶. La “Riforma Cartabia”, dunque, ha ideato un nuovo criterio, esplicitamente rivolto a ridurre i rinvii a giudizio nell’ottica dell’efficienza, abrogando l’art. 125 disp. att. c.p.p. e modificando l’art. 408 c.p.p. che, oggi direttamente, prescrive al pubblico ministero di richiedere l’archiviazione qualora gli elementi acquisiti nel corso delle indagini non conducano ad una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca⁷. Anche la regola cui informare la decisione in sede di udienza preliminare, corrispettivamente⁸, è stata ancorata al parametro più stringente della ragionevole previsione di condanna⁹.

L’intento dichiarato di ridurre il numero di processi comporta, insomma, come affermato nella relazione illustrativa della riforma, che al pubblico ministero sia richiesta una “sorta di diagnosi prognostica”, ossia non solo un’analisi degli elementi raccolti, ma anche una previsione degli esiti dibattimentali. La più autorevole dottrina, da diverse prospettive, nell’evidenziare pregi e difetti di tale modifica, ha per un verso apprezzato l’apparente propensione per l’*in dubio pro reo*¹⁰, ma ha per altro verso sottolineato le possibili

⁶ V. APRATI, *Le indagini preliminari nel progetto di legge delega della Commissione Lattanzi*, in *www.giustiziainsieme.it*, 1° luglio 2021, 10; FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi: l’epilogo al Consiglio dei ministri*, in *DisCrimen*, 2021, 2, 65 ss.; LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in questa *Rivista web*, 2021, 3, 24 ss.

⁷ Segnatamente, l’art. 22 del D.lgs. n. 150 del 2022, modifica che ha seguito quanto prescriveva la legge delega (L. n. 134 del 2021) all’art. 1, comma 9, lett. a.

⁸ Per RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 162, si tratta appunto di «coerenza sistematica»; v. anche NAIMOLI, *Considerazioni sulla “ragionevole previsione di condanna” per l’archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 6, 832. *Contra* v. GAITO - LANDI, *“L’altare e le (forse inevitabili) vittime”*, cit., 14.

⁹ In argomento, *ex pluribus*, ALVINO, *Il controllo giudiziale dell’azione penale: appunti a margine della “riforma Cartabia”*, in *Sist. pen.*, 2022, 3, 27 ss.; BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1149 ss.; 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.; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, 50 ss.; LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”*, cit., 25 ss.; NAIMOLI, *Considerazioni sulla “ragionevole previsione di condanna”*, cit., 838 ss. Secondo AMODIO, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, 1, 14 ss., il legislatore ha resistito alle spinte di una parte della dottrina per l’abolizione dell’udienza preliminare, «nella consapevolezza del suo ruolo vitale per l’operatività di un forte contrappeso all’impulso del pubblico ministero verso l’avvio di processi penali su tutte le vicende oggetto delle sue indagini, sopravvissute alla archiviazione».

¹⁰ *Infra* saranno analizzati, fra gli altri, i commenti di GAITO - LANDI, *“L’altare e le (forse inevitabili) vittime”*. *Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, in questa *Rivista web*, 2022, 2, 12 ss.; LA ROCCA, *La delega per la riforma*, cit., 23; NEGRI, in *L’avvenire del processo penale. Tre voci a confronto*

li conseguenze e criticità di affidare alla parte pubblica pronostici paragiudiziali¹¹. L'obiettivo del presente elaborato è, dunque, di analizzare qualità e criticità della regola novella prendendo le mosse dalle prime linee interpretative formulate.

2. *Le argomentazioni nel prisma dell'obbligatorietà dell'azione penale.* Il nuovo parametro che orienta la valutazione del rappresentante dell'accusa nella scelta fra la richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio pone delle questioni di rilevanza costituzionale.

In primo luogo, la riflessione concerne il principio di cui all'art. 112 Cost., per cui il pubblico ministero è obbligato all'azione penale, all'implicita condizione che ne sussistano i presupposti¹².

In dottrina sono state prospettate letture alternative.

Da una parte si è ritenuto che l'obiettivo di contenere i rinvii a giudizio non necessari, sotteso alla novella, originando dal principio costituzionale della ragionevole durata del processo, non si ponga in posizione antagonista rispetto all'obbligatorietà: invero, quest'ultima, nella propria funzione di garantire l'indipendenza del potere giudiziario e di assicurare un eguale trattamento di tutti i cittadini, non sembra essere stata interessata dal nuovo metodo di contenimento dell'esercizio dell'azione penale¹³.

Anzi, il legislatore, inserendo la nuova regola di giudizio, avrebbe operato un bilanciamento fra due interessi di rango primario, ossia la ragionevole durata del processo (111, comma 2, Cost.) – anche per evitare all'indagato e all'imputato di sopportare le conseguenze nefaste scaturenti dall'azione penale – e l'interesse statale alla repressione dei crimini (112 Cost.)¹⁴.

Non è comunque escluso che la giurisprudenza, nell'interpretare la locuzione “ragionevole previsione di condanna” in senso ampio, idoneo a ricomprende-

Intervista di Paolo Ferrua, a Marcello Daniele, Daniele Negri e Sergio Lorusso, in *Legisl. pen.* web, 10 aprile 2021; RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare*, cit., 161.

¹¹ Si analizzeranno, a confronto, le idee di DANIELE, *Riforma Cartabia: adeguamenti normativi e modifiche strutturali*, in *Giur. it.*, 2022, 1013; DEL COCO, *La verifica preliminare dell'accusa*, cit., 169 ss.; FERRUA, *Appunti critici*, cit., 65 ss.; MARZADURI, *La Riforma Cartabia*, cit., 32 ss.; RUGGERI, *Azione e inazione*, in *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo - Donini - Mancuso - Varraso, Milano, 2023, 629 ss.

¹² Così GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, 8.

¹³ Così ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale*, cit., 33.

¹⁴ Cfr. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 161.

re qualunque scelta dotata di una generica e non definita ragionevolezza, vanifichi lo sforzo del legislatore, teso ad affinare il filtro nel passaggio dal procedimento al processo¹⁵ in funzione deflativa.

Diversa appare poi la linea di pensiero di chi dall'obbligatorietà dell'azione penale fa discendere un principio di *favor actionis*, modificabile solo per mezzo di una riforma del dettato costituzionale; tale canone non consentirebbe di interpretare la nuova regola archiviativa nel senso di escludere l'azione penale in qualunque caso non si riesca a prevedere la condanna, senza esporre ad un giudizio di illegittimità costituzionale¹⁶. In altre parole, non sarebbe possibile ritenere che il pubblico ministero sia dispensato dall'obbligo di agire in tutte quelle situazioni in cui conservi un dubbio.

In una posizione neutrale si pone chi sostiene che il pubblico ministero, nell'orientare la propria richiesta di archiviazione secondo la novella, potrà rispettare il principio di obbligatorietà dell'azione penale laddove abbia precedentemente svolto indagini complete¹⁷.

In effetti, la nuova regola di giudizio, nell'onerare il pubblico ministero di una valutazione più pregnante, sembra avvalorare l'importanza del principio di completezza delle indagini¹⁸, e conseguentemente del compito di ricercare elementi di prova favorevoli per l'indagato¹⁹. In questa prospettiva va sottoli-

¹⁵ Secondo RAFARACI, *ult. op. cit.*, 162, potrebbero sopraggiungere «esegesi lasche, cui del resto può prestare il fianco, nello stesso testo normativo, l'aggettivo “ragionevole”, riferito alla “previsione di condanna”, se inteso non come attributo della natura comunque preliminare e prognostica della valutazione, bensì come indice che caratterizza in senso oggettivamente meno impegnativo lo stesso criterio di giudizio». V. DANIELE, *Riforma Cartabia: adeguamenti normativi*, cit., 1013, rispetto al ricorso del legislatore al parametro della ragionevolezza, che indicherebbe una «incapacità a “quantificare in modo preciso le soglie probatorie per gli accertamenti storici affidati al giudice”».

¹⁶ V. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., 636 ss. e MARZADURI, *La Riforma Cartabia*, cit., 27 ss.

¹⁷ V. SANTORIELLO, Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini, in *questa Rivista*, 2022, 2, 395 e TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, 2023, 2, 411, sottolinea che «la modifica del criterio decisorio rende ineludibile l'esigenza di completezza delle indagini». V. anche MARZADURI, *ult. op. cit.*, cit., 34, che evidenzia i rischi di una simile conseguenza.

¹⁸ V. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 202 ss.; MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 351 ss.; SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005; VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *questa Rivista*, 2019, 3.

¹⁹ Come afferma VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *questa Rivista*, 2022, 2, 18: «completezza significa (anche) rispetto dell'art. 358 c.p.p., e dunque investigazione a 360 gradi, attenta all'esistenza di prove a discarico; si dimentica

neato come anche il limite di tempo di indagine sia stato formalmente prolungato²⁰.

Dovrà tuttavia essere verificato nell'applicazione pratica se la riforma sarà interpretata nel senso di aver demandato al pubblico ministero un livello di accuratezza delle indagini superiore rispetto al passato²¹.

Si rileva, fra le conseguenze positive di un simile risvolto, che la parte pubblica sarebbe indotta a limitare quelle integrazioni istruttorie che tende ad addurre in sede di udienza preliminare o addirittura dibattimentale²². Per contro, un'eccessiva smania di completezza potrebbe rendere il pubblico ministero avido di strumenti d'indagine invasivi²³. Inoltre, più risorse saranno impiegate per le indagini, più l'accusa sarà incline a voler conservare il materiale probatorio ottenuto, e indotta perciò a richiedere il rinvio a giudizio²⁴.

3. *Compatibilità con il paradigma del processo accusatorio.* La presa di posizione del pubblico ministero riguardo l'azione, in virtù della nuova regola di giudizio assegnatagli, potrebbe influenzare fortemente i giudici che dovranno vagliare la tenuta della tesi accusatoria²⁵, nonostante provenga da una fase in

dunque che la prima vittima dell'investigazione monca, non è la persona offesa, ma proprio l'imputato, indebitamente sottoposto alla pena del giudizio».

²⁰ In argomento, fra gli altri, v. CASSIBBA - MANCUSO, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, cit., 619 ss. e FONTI, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale*, cit., 97 ss.

²¹ Secondo RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., 663-664 e 667, invero, è inverosimile che con le risorse di cui sono attualmente dotate le procure e la polizia giudiziaria possano essere svolte indagini tanto complesse da poter condurre ad una prognosi tanto accurata come quella richiesta dal nuovo art. 408 c.p.p. Scrive l'Autore «Le modifiche che concernono la decisione sull'azione determinano infatti implicazioni rilevanti su una molteplicità di piani, i quali non possono essere riduttivamente circoscritti a quelli relativi all'idoneità delle indagini a permettere il soddisfacimento di questa o quella regola di giudizio: investendo anche, e ancor prima, la struttura complessiva della fase investigativa, le attribuzioni degli organi inquirenti e, complessivamente, i diversi livelli di approfondimento richiesti per affrontare una così delicata decisione».

²² Così DANIELE, *Il vaglio preliminare dell'accusa secondo la L. n. 134/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 4, 1015.

²³ V. così MORELLI, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *Sist. pen.*, 2023, 5, 29 ss. e MARZADURI, *La Riforma Cartabia*, cit., 34.

²⁴ V. ancora MORELLI, *ult. op. cit.*, 26, che rileva «ogni operatore, anche inconsciamente, si adopererà per dare un senso a quello sforzo iniziale, essendo incoerente che indagini approfondite non abbiano un seguito» e BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., 1149.

²⁵ Fra gli altri cfr. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., 1152; MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *questa Rivista web*, 2022, 2, 13.

cui l'indagato è tendenzialmente ignaro, mancando la *discovery*, e non ha ancora sviluppato una linea difensiva²⁶.

Il fatto che al rappresentante dell'accusa sia richiesta una puntualità d'indagine e di valutazione tale da condurre ad una "diagnosi prognostica" che, addirittura, secondo il C.S.M. deve essere ispirata alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio²⁷, potrebbe incidere sull'equidistanza del giudice dalle parti: consapevole dello sforzo impiegato per la completezza istruttoria e della accresciuta responsabilità che, in base alla nuova previsione dell'art. 408 c.p.p., può gravare sul p.m., l'organo giudicante potrebbe, a priori, preferire la versione dell'accusa. A ben vedere, nella pratica l'esegesi della nuova disposizione potrebbe dipendere da tribunale a tribunale e, soprattutto, dagli uffici della procura. S'intende che il giudice assegnato ad un distretto sovraccarico di arretrati, consapevole dell'esistenza di una situazione di gestione del lavoro critica, potrebbe tendere ad interpretare la "ragionevole previsione di condanna" alla stregua della vecchia formula per cui era sufficiente che gli elementi raccolti durante le indagini mostrassero un'astratta "idoneità a sostenere l'accusa il giudizio". Diversamente, il giudice - anche dibattimentale - appartenente ad un ufficio giudiziario di piccole dimensioni, o comunque ben organizzato, potrebbe riporre una tale fiducia nella strategia della parte pubblica da intendere il dibattimento come una sorta di fase accessoria, funzionale a confermare la richiesta di rinvio a giudizio.

La costruzione accusatoria del processo ne risulterebbe minacciata perché la «significativa anticipazione nel merito»²⁸ cui conduce la nuova regola di giudi-

²⁶ V. CIVITA, *Udienza preliminare: la nuova regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere*, in *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 326; FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1, 12; MARZADURI, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti defflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Legisl. pen. web*, 25 gennaio 22, 32 ss.; MORELLI, *ult. op. cit.*, 25, per cui v'è una vera e propria «crisi d'identità» dell'indagine preliminare.

²⁷ V. Parere C.S.M., 19/PP/2020 D.d.l. AC n. 2435, delibera 29 luglio 2021, allegato 4, 3, sul sito www.csm.it.

²⁸ Citando GAITO, *I tortuosi itinerari involutivi del processo penale dal Codice Rocco alla riforma Cartabia: una proposta alternativa (rimpiangendo i poteri del giudice istruttore)*, in *questa Rivista web*, 2023, 2, 24.

zio inciderebbe tanto sulla separazione delle fasi, quanto sulla centralità del dibattimento e del principio di parità fra le parti²⁹.

Secondo una parte della dottrina, invero, il nuovo art. 408 c.p.p. esporrebbe il giudice ad un pregiudizio inquisitorio a favore dell'accusa, comportando una distorta confusione fra la prognosi, basata sulle prime evidenze raccolte durante le indagini, e la decisione, fondata su prove formate in contraddittorio³⁰.

Peraltro, l'influenza delle convinzioni del p.m. potrebbe scalfire anche l'impenetrabilità del giudizio cautelare. Infatti, se prima della riforma era escluso che la valutazione dell'accusa sul rinvio a giudizio, approvata dal giudice per le indagini preliminari, potesse trascinare la sede *de libertate*, ora il livello di convinzione richiesto all'accusa rispetto alla possibilità che nel processo sia dimostrata la colpevolezza dell'imputato potrebbe riversarsi sul convincimento del giudice cautelare³¹.

In prospettiva opposta rispetto a tali osservazioni, altra parte della dottrina ha rilevato come la paura di un pregiudizio «futuro e incerto», che una valutazione particolarmente accurata dell'accusa potrebbe ingenerare negli organi giudicanti, non deve permettere di svalutare uno strumento coraggioso come quello di un filtro a monte ed efficace, capace di precedere la richiesta di rinvio a giudizio così da evitare, *ab origine*, a chi verrebbe assolto, il nocumento insito in ogni processo penale³².

²⁹ Cfr. RUTA, *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, in *Quest. giust. web*, 20 gennaio 2022, 13, rispetto ai principi sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 Cedu.

³⁰ Così v. LA ROCCA, *Il modello di riforma Cartabia*, cit., 28; DANIELE - FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 76 ss.; RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., 653. Scrive autorevolmente FERRUA, *Appunti critici*, cit., 2, che «nella prospettiva di un processo accusatorio incentrato sul contraddittorio nella formazione della prova risulta del tutto inappropriato parlare, in una sede preliminare al dibattimento, di elementi acquisiti "tali da determinare" o non "determinare la condanna". Comprendo l'esigenza di rendere più selettivo il passaggio alla fase dibattimentale, ma il massimo che si può pretendere a questo fine è un giudizio prognostico sulla 'probabilità' della condanna».

³¹ Cfr. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale*, cit., 35 ss. e RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 163.

³² Per NEGRI, in *L'avvenire del processo penale*, cit., 18: «L'accesso al dibattimento si dovrebbe ammettere solo a fronte di una piattaforma istruttoria che, confermata, condurrebbe alla condanna. L'obiezione mi è nota. Il peso schiacciante esercitato sulla posizione dell'imputato, in dibattimento, da un provvedimento emesso soltanto sulla base di acquisizioni univoche, non scalfite allo stato da dubbi di sorta circa la responsabilità dell'accusato. Quest'ultimo affronterebbe il giudizio con lo stigma della colpevolezza. L'argomento del pregiudizio, certo non trascurabile nei suoi risvolti pratici, non mi ha

Invero, limitare i rinvii a giudizio richiesti da pubblici ministeri incerti, che sperano di poter trovare durante il processo gli elementi non rinvenuti nei tempi delle indagini, permette sì di implementare l'efficienza della pubblica amministrazione, ma soprattutto assicura di tutelare l'indagato dalle lesioni alla reputazione e alla vita privata e lavorativa che conseguono inevitabilmente all'avvio di un processo penale.

4. *La responsabilizzazione del p.m.* Dal nuovo parametro per archiviare scaturiscono oneri inediti per la parte pubblica³³. Il grado di intensità della responsabilizzazione di tale organo dipenderà dall'esegesi che la giurisprudenza fornirà rispetto all'indice di "ragionevolezza" della previsione di condanna, introdotto per la richiesta di rinvio a giudizio. Se si dovesse protendere per un'interpretazione stringente della nuova formula di cui all'art. 408 c.p.p., l'ufficio del pubblico ministero sortirebbe una specie di giurisdizionalizzazione³⁴.

mai convinto; possiede un involontario sottofondo inquisitorio. Per evitare il condizionamento futuro e incerto, si è disposti ad accettare lo svantaggio sicuro e attuale della sottoposizione a giudizio, mentre il rimedio consiste nel rinsaldare l'impermeabilità del dibattimento agli atti nella fase preliminare e nella incompatibilità funzionale del giudice-persona fisica competente a decidere sul merito. Nell'accettare cioè, sino in fondo e senza riserve, che la prova si formi esclusivamente nel contraddittorio». V. anche GIALUZ - DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 159, che anticipando la modifica intervenuta con il d.lgs. n. 150 del 2022, sostenevano: «In definitiva, come si è condivisibilmente affermato, "l'insostenibile leggerezza" che oggi caratterizza il vaglio sulle imputazioni azzardate "esige scelte drastiche e coraggiose" di cui nell'attuale versione del ddl. Bonafede non vi è traccia. Ad esempio, una possibile via per introdurre un filtro effettivo al momento dell'esercizio dell'azione penale potrebbe essere quella di abolire la regola di giudizio prognostica e sostituirla con una diagnostica, fondata sul principio fondamentale dell'*in dubio pro reo*. In quest'ottica, i pubblici ministeri e i giudici per le indagini preliminari non sarebbero più tenuti a considerare le possibili evoluzioni del materiale raccolto, ma soltanto a valutare, in modo statico, la serietà del compendio probatorio esistente *ex actis*, disponendo l'esito liberatorio in ogni caso di prova insufficiente o contraddittoria».

³³ V. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale*, cit., 33, che rileva una responsabilizzazione dell'accusa sotto i profili delle scelte che compie riguardo l'azione penale ma anche delle strategie che decide di intraprendere nelle indagini, e DE FLAMMINIES, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in *Sist. pen.*, 23 maggio 2023, 11, per il quale aumentano, conseguentemente, i margini di discrezionalità del pubblico ministero.

³⁴ V. Parere C.S.M., 19/PP/2020 D.d.l. AC n. 2435, cit. V. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *questa Rivista web*, 2022, 1, 13, laddove rileva: «Seppure in una prospettiva di "ragionevole previsione" - ovvero alla luce di un giudizio caratterizzato dalla componente prospettica -, il concetto in parola dovrà essere necessariamente interpretato "al di là di ogni ragionevole dubbio", essendo questo l'unico criterio a cui riferirsi in sede dibattimentale in caso di condanna». S'interroga su questo esito MORELLI, *Osservazioni critiche*,

Un avvicinamento, anche solo ideologico, fra la decisione del pubblico ministero di chiedere il rinvio a giudizio³⁵ e le determinazioni successive degli organi giudicanti, ingenera timori per le profonde - e necessarie - differenze fra il giudice, imparziale, e il magistrato, parte, già da tempo rivendicate sul piano, ancora irrealizzato, della separazione delle carriere³⁶. Non solo, da tale tendenza para-decisionale, in materia di responsabilità civile dei magistrati, dovrebbe discendere un nuovo e più alto *standard* richiesto al rappresentante dell'accusa sia nello svolgimento delle indagini che nella richiesta di rinvio a giudizio³⁷.

Certo, prefigurando la possibilità di far derivare dal nuovo art. 408 c.p.p. un aggravio delle responsabilità del p.m. non si deve dimenticare che la mancanza di risorse che affligge le procure non può pesare sul rappresentante dell'accusa³⁸, anche a livello disciplinare.

Deve essere tuttavia rilevato che se il vero compito di filtrare i procedimenti si farà ricadere, come pare, in capo al pubblico ministero prima che sul giudice dell'udienza preliminare, inevitabilmente si espanderanno i compiti di cui sarà gravato il p.m. E, maggiore sarà l'autorità riconosciuta alla determinazione del pubblico ministero, più dovranno essere tutelati gli interessi delle parti, inclusa la persona offesa, a far valere già nella fase delle indagini le proprie ragioni³⁹.

cit., 25, chiedendosi se l'obiettivo è che il pubblico ministero «confezioni un pre-accertamento già utile alla condanna, del tutto esaustivo e differente da quello dibattimentale solo per l'assenza della partecipazione poetica della difesa». In termini critici, riferendosi alla corrispondente interpretazione dell'analoga nuova regola di giudizio prevista per l'udienza preliminare v. APRATI, *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in www.giustiziansieme.it, 19 dicembre 2022, che avverte sul rischio che l'importanza del contraddittorio per la prova e sulla prova si trasformi in un mero vaglio circa la tenuta delle prove acquisite in fase di indagini preliminari dall'accusa, e GAITO, *I tortuosi itinerari involutivi del processo penale*, cit., 24, per cui la ragionevole previsione di condanna «presta il fianco a significative anticipazioni di merito in udienza preliminare».

³⁵ La definisce «pre-decisione» NAIMOLI, *ult. op. cit.*, 833

³⁶ Da ultimo v. MAZZA, in *Prolegomeni di un giusto processo penale*, in *questa Rivista*, 2023, 2, 166, dove scrive che «il disegno costituzionale del giudice terzo (art. 111, comma, 1 Cost.) attende ancora una piena attuazione ordinamentale attraverso la netta separazione di status fra magistrato giudicante e pubblico ministero. Del resto, è un concetto elementare e intuitivo che il giudice non possa decidere sulla fondatezza dell'accusa formulata da un suo collega magistrato appartenente al medesimo ordine giudiziario».

³⁷ V. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per inerzia nell'attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 2, 251.

³⁸ V. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., 667.

³⁹ Cfr. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione*, cit., 7.

Di qui l'accresciuta importanza delle indagini difensive⁴⁰, che forse proprio in quest'ottica sono state modificate dalla stessa riforma, rappresentando uno strumento indispensabile per orientare la scelta del p.m. fra richiesta di rinvio a giudizio o di archiviazione ed evitare il «problema dell'azione penale apparente, vera e propria forma di abuso del processo – come s'è detto – oltre che dispendio vergognoso di tempi, costi ed energie umane»⁴¹.

5. *Vecchie questioni, nuove prospettive.* Se il baricentro del procedimento è spostato verso la fase delle indagini preliminari, servirà uno statuto rafforzato che guidi i poteri dell'accusa per impedirne i soprusi e assicurare all'indagato di potersi difendere il più efficacemente possibile sin da subito, onde evitare lo stigma di un rinvio a giudizio che la Riforma Cartabia ha reso più pregiudizievole.

A tal proposito torna attuale una vecchia questione, relativa alla opportunità di rinnovare il confronto fra indagato e pubblico ministero nel caso in cui quest'ultimo sia sostituito per rilevata incompetenza territoriale del giudice per le indagini preliminari.

La premessa, a tutti nota, è che a mente dell'art. 415-*bis* c.p.p. l'avviso di conclusione delle indagini⁴² configura per l'indagato la prima occasione di effettiva *discovery*⁴³ e di utilizzo consapevole degli strumenti difensivi, fra cui rientra la possibilità di imporre un confronto al pubblico ministero.

In giurisprudenza è sinora prevalsa l'opinione per cui, in caso di mutamento del p.m. per incompetenza del g.i.p., il nuovo rappresentante dell'accusa al

⁴⁰ Cfr. DE FLAMMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione*, cit., 7 ss. e VALENTINI, *The untouchables*, cit., 33 ss.

⁴¹ VALENTINI, *The untouchables*, cit., 33 ss.

⁴² Con la cd. «legge Carotti», n. 479 del 1999, fu introdotto l'art. 415-*bis* c.p.p.; precedentemente, con la l. n. 234 del 1997, era stato previsto l'interrogatorio dell'indagato come condizione per la validità della richiesta di rinvio a giudizio e di citazione diretta. L'avviso di conclusione delle indagini viene notificato all'indagato e al suo difensore dall'ufficio della pubblica accusa che non intenda procedere con la richiesta di archiviazione del procedimento giacché, come affermato da Corte. Cost., 26 novembre 2002, n. 491, «l'avviso di cui all'art. 415-*bis* del codice di rito deve essere notificato all'indagato soltanto nell'ipotesi in cui il p.m. non debba «formulare richiesta di archiviazione ai sensi degli art. 408 e 411»; l'esigenza di assicurare una fase di «contraddittorio» in ordine alla completezza delle indagini - cui è preordinato l'avviso in questione - in tanto si giustifica, infatti, in quanto «il p.m. intenda coltivare una prospettiva di esercizio dell'azione penale», trovando, invece, il contraddittorio - nella diversa ipotesi di esercizio dell'azione penale conseguente all'ordine di formulare l'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta - necessariamente sede nella udienza in camera di consiglio, che il giudice, in quel caso, è tenuto a fissare».

⁴³ V. NAPPI, voce *Indagini preliminari (disposizioni generali)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 115.

quale vengono trasmessi gli atti non debba rinnovare l'avviso di cui all'art. 415-*bis* e, dunque, non sia tenuto a ripetere il correlato interrogatorio⁴⁴. L'onere di informare l'indagato sull'addebito è salvo, ma si sminuisce il peso di un consequenziale *vis a vis* con chi lo ha formulato⁴⁵.

Eppure, «la funzione dell'avviso di cui al richiamato articolo 415-*bis* appare essere chiaramente quella di assicurare una fase di “contraddittorio” tra indagato e pubblico ministero, in ordine alla completezza delle indagini», come ha chiarito il Giudice delle leggi con le ordinanze 460 e 491 del 2002, indicando la «garanzia di uno specifico *ius ad loquendum* dell'indagato» con la parte pubblica che intenda procedere con l'azione penale⁴⁶.

Emerge come la disciplina promuova, dunque, la possibilità per l'indagato di ottenere un contraddittorio anticipato rispetto al giudizio, sostanzialmente volto ad evitarlo⁴⁷, nonché utile anche per costruire la strategia difensiva⁴⁸.

Ora, nel mutato contesto della Riforma Cartabia, il rappresentante dell'accusa ha un onere aggravato di scremare i procedimenti che non sfocerebbero in una condanna: ciò restituisce valore alla tesi rifiutata dalla giurisprudenza, per cui l'avviso ex art. 415-*bis* dovrebbe essere rinnovato dal pubblico ministero competente, vista la precipua funzione della norma di fornire all'indagato «uno strumento utile ad orientare l'indagine verso la richiesta di archiviazione»⁴⁹.

⁴⁴ V. Cass., sez. III, 08 aprile 2010, Soliminene, in *Mass. Uff.*, 20765; Id, sez. V, 15 dicembre 2014, Messina, in *Mass. Uff.*, n. 7292; Id, sez. II, 1° marzo 2019, Depetro, in *Mass. Uff.*, n. 16079.

⁴⁵ Scrive ALONZI, *Nota a Corte costituzionale, 12 dicembre 2012, n. 286*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4527, rilevando le criticità del raffronto fra accusa e difesa imposto dall'art 415-*bis*, che «avviene in un momento spostato eccessivamente in avanti quando il pubblico ministero ha, di fatto, già maturato un'idea ben chiara circa le sorti del procedimento, con l'inevitabile effetto che il contributo che la difesa può apportare alla ricostruzione della vicenda possa divenire intempestivo e potenzialmente non in grado di incidere sulle determinazioni del pubblico ministero. Per queste ragioni si può ritenere, non senza fondamento, che un difensore disincantato, conscio di questa situazione, potrebbe essere poco attratto dall'esercitare quelle facoltà che la norma gli riconosce e scegliere, per evidenti ragioni tattiche, di esibire direttamente al giudice dell'udienza preliminare le proprie argomentazioni critiche e i risultati dell'attività investigativa eventualmente raccolti».

⁴⁶ Fra le virgolette Corte cost., 19 novembre 2002, n. 460. V. NUZZO, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass. pen.*, 2001, 680.

⁴⁷ Cass., sez. III, 7 dicembre 2001, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 7, 854, con nota di ALONZI, *L'art. 369-bis c.p.p.: una norma dalla dubbia formulazione e dagli incerti contenuti*.

⁴⁸ Così in dottrina MORLACCHINI, *Osservazioni a Cass. Pen., sez. III, 8 aprile 2010, n. 20765*, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, 2638.

⁴⁹ Così AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in Aa.Vv., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, 2000, 5. Cfr. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2818 e VERGINE, *Interrogatorio richiesto dall'indagato ex art. 415-bis c.p.p.: atto insostituibile - commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 10, 1237.

Pur consapevoli dello scarso indice di favore di un simile orientamento⁵⁰, a seguito dell'introduzione della nuova regola di giudizio per l'archiviazione appare maggiore la lesione cui andrebbe incontro l'indagato nel proprio diritto di difesa laddove gli si negasse la possibilità di uno scambio dialettico con il nuovo organo dell'accusa⁵¹, che ha la possibilità di cambiare le determinazioni del ministero⁵².

Il "contraddittorio" anticipato fra p.m. e indagato dovrebbe allora essere quantomeno assicurato in presenza di ogni *quid novi* utile all'accusato per convincere l'accusante a richiedere l'archiviazione, e non solo, come vorrebbe la giurisprudenza, quando sono state svolte nuove indagini (si pensi all'intervenuta inutilizzabilità di un atto come quello di autorizzazione delle intercettazioni o alle novità giurisprudenziali emerse *medio tempore*).

Invero, il diritto alla difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione in ogni stato e grado del procedimento va tutelato anche nel rapporto pregiudizionale fra indagato e p.m., soprattutto ora che il pubblico ministero, per quanto lo si contesti, è stato deputato ad una mansione simil giudiziale⁵³.

⁵⁰ V. segnatamente Cass., sez. II, 1° marzo 2019, Depetro, cit.

⁵¹ Cfr. MORLACCHINI, *Osservazioni*, cit., 2638 ss. e LIVRERI, *Dichiarazione di incompetenza e rinvio del "415 bis"*, in *Penale diritto e proc. web*, 3 ss.

⁵² In dottrina, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 164.

⁵³ Secondo GAITO - LANDI, *"L'altare e le (forse inevitabili) vittime"*, cit., 12, «potrebbe argomentarsi che il p.m. diventa organo di parte solo con il rinvio a giudizio».