

«RAGIONEVOLE PREVISIONE DI CONDANNA» ED ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE*

di Gianluca Varraso

(Professore ordinario di Diritto processuale penale,
Università Cattolica S. Cuore di Milano)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il superamento della sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 1991: obbligatorietà dell'azione *versus* efficienza processuale? – 3. Dalla richiesta di archiviazione a fronte della superfluità del dibattimento... – 4. (Segue)... alla ragionevole previsione di condanna. – 4.1. La necessità di un cambiamento culturale nella prassi. – 4.2. Il ruolo della difesa. – 4.3. La ragionevole previsione di applicazione di una misura di sicurezza... – 4.4. (Segue) ... diversa dalla confisca. – 5. La parentesi investigativa a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. – 6. La rinnovata funzione della continuità investigativa delle parti. – 7. Ragionevole previsione di condanna e procedimenti speciali. – 8. Conclusioni.

1. Più volte la Relazione di accompagnamento al d. lgs. 10.10.2022 n. 150 (c.d. legge Cartabia)¹ sottolinea la necessità di ridurre quantitativamente i dibattimenti, per raggiungere gli obiettivi di efficienza e di celerità della giustizia penale sottesi alla riforma².

E si attribuisce un rilievo centrale a tali fini, per quanto interessa, alle determinazioni del pubblico ministero conclusive delle indagini preliminari, con il superamento del criterio alla base della richiesta di archiviazione dell'inidoneità probatoria degli atti di indagine a sostenere l'accusa in giudizio sancito dall'art. 125

* Contributo destinato al volume *Logiche ed esperienze del processo penale*. Per Enrico Marzaduri, a cura di B. Galgani-D. Negri-S. Ruggeri.

¹ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», in *Gazzetta ufficiale, Supplemento ordinario*, 19 ottobre 2022, *Serie generale* n. 245.

² Variamente, E. Amodio, *La cultura della speditezza processuale della riforma Cartabia*, in *RIDPP* 2022, 9 ss.; O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia. La procedura penale del nemico*, in *DPP* 2023, 484 ss. Tali obiettivi ispirano sempre più anche la giurisprudenza di legittimità: v. D. Negri, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di D. Negri, L. Zilletti, Padova 2019, 27 ss.

NAttCp e del tradizionale *favor actionis*³.

In attuazione della lett. *a* ed *m* dell'art. 1 co. 9 legge-delega 27.9.2021 n. 134 e della lett. *d* del co. 12 sempre dell'art. 1, si modifica «la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione (e in simmetria della sentenza di non luogo a procedere), prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione «quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna»⁴.

Riprendendo Enrico Marzaduri, che festeggiamo in questo incontro su iniziativa dei suoi Allievi e che ci ha sempre guidato con grande maestria, tra l'altro, nella lettura delle continue novelle legislative⁵, «se pare potersi subito riconoscere che si tratta di soluzioni sicuramente idonee, almeno in astratto, a potenziare in qualche misura la capacità del sistema di deflazionare i giudizi dibattimentali, è altrettanto vero che si tratta di interventi incidenti sulla struttura dell'intero procedimento penale, meritevoli, quindi, di una attenzione che non deve fermarsi alla sola esegesi delle specifiche innovazioni»⁶.

E mutuando sempre il pensiero di Enrico Marzaduri⁷, ci si discosta, in via definitiva, dalla visione sistematica fatta propria dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 88/1991⁸.

Con la precisa volontà di salvaguardare il principio di obbligatorietà dell'azione

³ Avendo riguardo ai lavori preparatori della novella, v. O. Dominioni, *Azione obbligatoria penale e efficienza giudiziaria*, in *DPP* 2020, 871-872. In generale, prima della riforma, per tutti, L. Giuliani, *Archiviazione della notizia di reato e istanze di deflazione processuale*, Torino 2017.

Risalenti, ma sempre attuali, le parole di V. Grevi, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *GP* 1981, III, 585 ss., secondo il quale «come ormai da tempo insegna la comune esperienza, il prezzo del principio di obbligatorietà dell'azione penale viene pagato sul piano del congestionamento degli uffici giudiziari oberati dall'affastellamento di *notitiae criminis* e dall'accumulo di fascicoli processuali che non potranno venire evasi in tempo e probabilmente rimarranno in attesa delle scadenze della prescrizione».

⁴ Cfr. R. 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 A. Marandola, Padova 2022, 169 ss.; M. Daniele, *Il vaglio preliminare dell'accusa secondo la l. n. 134/2021*, in *GI* 2022, 1011 ss.; N. La Rocca, *Il modello di riforma Cartabia: ragioni e prospettive della delega n. 134/2021*, in www.archiviopenale.it, 1.12.2021, 27.

⁵ Mi permetto ricordare un aneddoto personale. Il mio Maestro Angelo Giarda, agli inizi del percorso accademico, mi consigliava, tra le letture di approfondimento, i lavori di "giovani virgulti" della procedura penale. Tra i primi posti figurava Enrico Marzaduri, nei cui scritti ho sempre cercato e trovato una guida sicura, e che ho avuto modo successivamente di apprezzare per la sua umanità a tutto tondo.

⁶ E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali. Effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25.1.2022, 14.

⁷ Cfr. E. Marzaduri, *op. cit.*, 12 ss.

⁸ C. cost., 15.2.1991 n. 88, in *CP* 1991, 207 ss.

penale anche a fronte del modello processuale del 1988, si era sottolineato come l'allargamento dell'area di operatività dell'archiviazione a fini deflattivi indebolisce tale principio, dovendo tali finalità rimanere estranee alla decisione sull'azione⁹.

2. Sono queste le coordinate metodologiche da seguire nell'esame della “nuova” regola di giudizio¹⁰, ricondotta nel tessuto codicistico¹¹.

L'art. 98 co. 1 lett. *b* d. lgs. n. 150/2022 abroga l'art. 125 NAttCpp e, lasciando inalterata la rubrica dell'art. 408 Cpp, l'art. 22 co. 1 lett. *d* d. lgs. n. 150/2022 modifica il co. 1 dello stesso art. 408 Cpp: il pubblico ministero chiede al g.i.p. l'archiviazione «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca»¹².

Il nuovo art. 408 co. 1 Cpp riprende in gran parte la formulazione dell'art. 115 del progetto preliminare delle norme di attuazione al codice di rito (poi diventato con modifiche l'art. 125 NAttCpp), che consentiva al pubblico ministero l'inazione se gli atti di indagine preliminare non fossero stati «sufficienti al fine della condanna degli imputati»¹³.

E colpiscono le parole utilizzate dalla Consulta, sempre nella sentenza n. 88/1991,

⁹ C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 213 e 214.

¹⁰ Cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*², Milano 2023, 798-799. Criticamente, P. Ferrua, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *disCrimen* 2021, 2; Id., *Regole di giudizio e udienza preliminare*, in *PPG* 2023, 966 ss., secondo il quale bisognava identificare in positivo la regola di giudizio e non confonderla con i presupposti della sentenza di non luogo a procedere. Aderisce a questa tesi E. Marzaduri, op. cit., 15; S. Ruggieri, *Azione e inazione*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Padova 2023, 629 ss. In senso contrario, v. L. Ludovici, *I tempi e gli esiti delle indagini preliminari*, in *GI* 2023, 1193; M. Menna, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, in www.archiviopenale.it, 1.2.2023, 20 ss. Sulla proposta della Commissione Lattanzi che imponeva l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini «non [fossero] tali da determinare la condanna», v., per tutti, R.E. Kostoris, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in www.sistemapenale.it, 23.7.2021, 17-18.

¹¹ Cfr. T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare*, in *DPP* 2023, 160.

¹² Limitandoci ai contributi più recenti, v. C. Conti, *La ragionevole previsione di condanna: verso un sistema accusatorio contemporaneo*, in *DPP* 2024, 1543 ss.; J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.7.2024; G. Garuti, *La valutazione di non procedere*, in *Dalle indagini all'udienza preliminare*, a cura di P. Felicioni, Torino 2024, 199 ss.; S. Quattrocchio, *Nuovi strumenti di governance dell'azione penale: definitivo tramonto del principio di obbligatorietà?*, in *AP* 2024, 247 ss.; P. Tonini – C. Conti, *Il diritto delle prove penali nel sistema accusatorio contemporaneo*³, Milano 2025, 685 ss.; nonché, volendo, anche per talune riflessioni qui sviluppate, G. Varraso, *Azione e inazione penale dopo il d. lgs. n. 150 del 2022 (c.d. legge Cartabia)*, in www.archiviopenale.it, 4.7.2024, 1 ss.

¹³ E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.8.2023, 6.

che salutava con favore il superamento di tale ultima disposizione e il passaggio al criterio dell'inidoneità probatoria contenuto nell'art. 125 NAttCpp, criticando con forza proprio la regola dell'art. 115 del progetto preliminare che affidava al pubblico ministero una valutazione la quale dovrebbe spettare solo al giudice, senza peraltro le indispensabili prove dibattimentali¹⁴.

Si riaffermava, in altri termini, la necessità di «una valutazione degli elementi acquisiti non più nella chiave dell'esito finale del processo, bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio»¹⁵, a fronte di un'azione *concreta* che perde i caratteri di astrattezza tipici del codice del 1930¹⁶.

Tali considerazioni sono sconfessate dalla novella.

Da un lato, la valutazione richiesta al pubblico ministero in sede di conclusione delle indagini preliminari è proiettata ora proprio sull'esito del giudizio e non sulla superfluità del dibattimento, come invocato dalla Consulta nel 1991¹⁷.

Dall'altro lato, si fa prevalere, anche sotto il profilo normativo, nel bilanciamento tra interessi costituzionali contrapposti, l'efficienza.

Scelta che pare condivisa, seppure in un *obiter dictum*, dalla sentenza n. 41/2024 della stessa Corte costituzionale: la «nuova» regola giudizio «enuncia uno *standard* più selettivo», nella consapevolezza «che il processo penale è una risorsa scarsa, che implica costi ingenti a carico di tutte le persone coinvolte in termini materiali ed «esistenziali»¹⁸.

¹⁴ C. cost., 15.2.1991 n. 88, cit., 212. Adesivamente, E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 6-7.

¹⁵ Così sempre C. cost., 15.2.1991 n. 88, cit., 213. Cfr. L. Giuliani, *op. cit.*, 9 ss.

¹⁶ Per tutti, V. Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in RIDPP 1990, 1285.

¹⁷ Non pare contrastare con tale lettura un altro *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 179/2024 della Corte costituzionale (la si può leggere in GCos 2024, 2063 ss.), dove si afferma, anche se in modo un po' criptico, che «la ragionevole previsione di condanna, con la valutazione dell'ampio compendio probatorio delle indagini, implichi un giudizio prognostico sulla sostenibilità dell'accusa, ovvero un giudizio sull'utilità del giudizio nella prospettiva di una sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio» (2072). La Consulta sembra, infatti, riconoscere come l'utilità del giudizio non sia più misurata sull'esito dell'azione, ma sull'esito proprio del giudizio, ancorato alla regola BARD. Il termine utilità contrariamente alla precedente giurisprudenza non è più riferita «al passaggio alla fase processuale» ed è da ricordare, che, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, Cpp, imponendo che sia un giudice persona fisica diverso il giudice del dibattimento rispetto al giudice dell'udienza predibattimentale, finisce per riconoscere la natura di *merito* e non processuale sottesa alla nuova regola di giudizio, che è la stessa all'esito delle indagini. V. *infra*, § 4 ss.

¹⁸ C. cost. 11.3.2024 n. 41, in GCos 2024, 499 ss., con nota critica di A. Marandola, *Archiviazione per prescrizione con affermazioni di responsabilità: esclusa la sua contestabilità processuale*, con la quale la Consulta dichiara non rinunciabile la prescrizione in sede di archiviazione, v. sempre a commento Id., *Prescrizione non rinunciabile in sede di archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 28.3.2024, 1 ss.

Né si deve dimenticare che il perimetro della richiesta di archiviazione, a seguito del d. lgs. n. 150/2022, subisce un ulteriore e importante slancio efficientista con l'introduzione o l'ampliamento applicativo di istituti di natura sostanziale o "ibridi", che costituiscono altrettanti meccanismi di non punibilità deflattivi del processo: la rimessione della querela (con i nuovi programmi di giustizia riparativa); la particolare tenuità del fatto e la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Si tratta di meccanismi che trovano proprio nel momento finale delle indagini la sede elettiva di utilizzo¹⁹, alimentando di nuova linfa vitale i casi tradizionali di archiviazione *in iure* ancora oggi elencati nell'art. 411 Cpp

La non punibilità del fatto, quale tratto caratterizzante della novella del 2022 già in sede di conclusione delle indagini preliminari con la modifica combinata del codice penale, conferma la sinergia tra disciplina sostanziale e processuale su cui punta la riforma, accentuando i caratteri ineliminabili di discrezionalità nell'esercizio dell'azione *ex art. 112 Cost.* a favore della deflazione dibattimentale.

3. È il punto di arrivo coerente di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale iniziata con la controriforma del 1991-1992, che ha modificato la natura e la funzione della fase delle indagini preliminari, allontanandosi dalle scelte iniziali del legislatore del 1988²⁰.

Non è più possibile parlare, come si legge nella relazione al progetto preliminare, di indagini preliminari "snelle", se non addirittura eventuali, a cognizione sommaria, le quali potevano "completarsi" con un'attività investigativa suppletiva ed integrativa ai sensi degli artt. 419 co. 3 3 e 433 Cpp, che si fosse snodata in parallelo allo svolgimento del processo²¹.

Questo il *leitmotiv* che accompagnava l'entrata in vigore del "nuovo" codice e la stessa sentenza n. 88 del 1991²².

¹⁹ Sull'eterno fascino della non punibilità e sulla necessità di un suo uso oculato, v. F. Palazzo, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in www.sistemapenale.it, 19.12.2019, 1 ss.

²⁰ Cfr., per un affresco estremamente efficace di tale evoluzione, E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 7 ss.; nonché, D. Negri, *Modelli e concezioni*, in *Fondamenti di procedura penale*, Padova 2023, 15 ss.

²¹ Sono lontani i tempi in cui si pensava ad una fase che «non conta e non pesa»: così, M. Nobili, *Diritti per la fase che 'non conta e non pesa'*, in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 34-36, contestando la veridicità di tale affermazione.

²² Per un approfondimento, *ex plurimis*, F. Alonzi, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova 2011, 40 ss.; D. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo*

Non può negarsi ormai la centralità della fase investigativa, con indagini lunghe e auspicabilmente complete, con il dovere, seppure sprovvisto di sanzione, per il pubblico ministero di procedere a tentativi di falsificazione della ipotesi accusatoria ai sensi dell'art. 358 Cpp, coadiuvato da una polizia giudiziaria autonoma e responsabilizzata e con l'aiuto della stessa difesa dell'indagato e della persona offesa a seguito in particolare della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e del potere delle parti medesime di depositare investigazioni difensive in ogni stato e grado del procedimento²³.

È vero che, nel mutato quadro codicistico seguito soprattutto alla l. 16.12.1999 n. 479 (c.d. legge Carotti), la giurisprudenza costituzionale riafferma nella sentenza n. 121 del 2009 la lettura sviluppata nella pronuncia n. 88 del 1991.

«Alla luce dell'art. 125 disp. att Cpp – secondo cui il pubblico ministero chiede l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato quando gli elementi acquisiti «non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio»- la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fonda su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere “dinamico”, che «tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla *regiudicanda*, degli elementi raccolti nella fase investigativa», rappresentando «la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo (sent. n. 88 del 1991, in senso analogo, sentenze n. 478 e n. 319 del 1993, ordinanza n. 252 del 1991)»²⁴.

È altrettanto vero che tale lettura doveva confrontarsi con quanto sostenuto in precedenza dalla stessa Consulta nella sentenza n. 115 del 2001, in materia di giudizio

penale, Torino 2015, 41 ss.; nonché, volendo, G. Varraso, *Le indagini “suppletive” ed “integrative” delle parti. Metamorfosi di un istituto*, Padova 2004.

²³ Cfr., per un discorso generale, A. Camon, *Gli strumenti di controllo sulla sede delle indagini*, Torino 2011; F. Siracusano, *La completezza delle indagini*, cit., 195 ss. Più di recente, V. Maffeo, *Tempi e “nomina iuris” nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari 2020.

²⁴ Così C. cost., sentenza 24 aprile 2009, n. 121, in *GCos* 2009, 1138 e 1139, con nota di S. Panizza e di L. Scomparin. Con questa sentenza la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 405 comma 1-bis Cpp, interpolato dalla l. n. 46 del 2006, in forza del quale il pubblico ministero doveva chiedere l'archiviazione quando la corte di cassazione si fosse pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 Cpp, senza che fossero stati acquisiti ulteriori elementi. Cfr. L. Giuliani, *op. cit.*, 90 ss. V. anche tra gli altri M. Caianiello, voce *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali*, Milano 2008, 66.

abbreviato²⁵.

Si era subito evidenziato come il diritto dell'imputato a fondare la propria difesa sulla richiesta di tale rito speciale, attribuendo valenza probatoria agli atti di indagine legittimamente acquisiti fino a quel momento, innalza «la soglia di legittima rinunciabilità dell'azione»²⁶. Ed ancora che «la sostenibilità dell'accusa in giudizio alla quale allude l'articolo 125 disp. att. va intesa come sostenibilità dell'accusa nel giudizio abbreviato. È vero che la parte pubblica può confidare nelle integrazioni probatorie che il giudice del rito abbreviato ha il potere dovere di disporre allorché ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti [...]. Riesce difficile ammettere, in un sistema governato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale e dal principio di terzietà del giudice, che la decisione di promuovere o non promuovere l'azione penale possa poggiare su valutazioni legate allo spiccato esercizio di poteri suppletivi da parte dell'organo giudicante»²⁷.

Al di là della sua validità, tale tesi esprimeva le perplessità che scaturivano dal consolidarsi della regola per superfluità del processo con riferimento alle ipotesi in cui gli elementi investigativi acquisiti dall'organo dell'accusa risultassero insufficienti o contraddittori²⁸.

In queste ipotesi, che si prestano a soluzioni aperte a fronte di un dibattito ritenuto capace di colmare le lacune e di superare le contraddizioni, si avallava la

²⁵ C. cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *GCoS* 2001, 917 ss., con nota di G. Garuti, *La Corte costituzionale promuove la struttura del "nuovo" giudizio abbreviato*.

²⁶ F. Caprioli, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio*, a cura di Marchetti, Napoli 2007, 23.

²⁷ Così Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso - V. Grevi e M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova 2010, 645; nella stessa direzione, F. Siracusano, *La completezza delle indagini*, cit., 50. Criticamente E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *SP* 2020, 5, 202 ss.; Id., *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 24; F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *www.sistemapenale.it*, 30 maggio 2023, 4 ss.

²⁸ Anche nella giurisprudenza di legittimità, con riferimento all'omologa regola dell'art. 425 Cpp ante novella, Cass. S.U. 30.10.2002 n. 39915, Vottari, in *RIDPP* 2003, 1019, con nota di M. Daniele, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*. Non è un caso che sempre F. Caprioli (*Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 645-646) affermasse quale corollario alla propria tesi che il pubblico ministero doveva tendenzialmente richiedere l'archiviazione in tutte le situazioni di insufficienza o contraddittorietà della prova, nessuna esclusa. E che il pubblico ministero doveva fare richiesta di archiviazione non solo quando l'infondatezza della notizia di reato investisse la sussistenza del fatto o la sua commissione da parte della persona sottoposta indagini (c.d. infondatezza in senso stretto della *notitia criminis*), ma anche nelle ipotesi corrispondenti a quelle che in sede processuale determinerebbero la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento perché il fatto non costituisce reato, ovvero per difetto di imputabilità o di punibilità. Già nell'immediatezza della riforma della l. n. 479 del 1999, cfr. E. Amodio, *Lineamenti della riforma*, in E. Amodio - N. Galatini, *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano 2000, 31 ss.

lettura che, in ragione del *favor actionis*, «in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa»²⁹.

4. Almeno nelle intenzioni del legislatore si vogliono superare questi risultati, che contrastano con gli obiettivi di efficienza perseguiti³⁰.

Si vuole fondare il giudizio prognostico di infondatezza della notizia di reato basandola non più sulla superfluità del dibattimento, ma sulla ragionevole alta probabilità di emissione di una sentenza di condanna³¹.

Si capovolge così la prospettiva accolta dalle sentenze n. 88 del 1991 e n. 125 del 2009 ed avallata dalla giurisprudenza delle Sezioni unite³² e si riprende, di fatto, il contenuto dell'art. 115 del progetto preliminare delle disposizioni di attuazione del codice di rito, finendo per rendere attuale la ricostruzione sconfessata *ab initio* dalla Consulta³³.

Non cambia, in questo modo, la *natura* del giudizio (che rimane prognostico), ma la sua proiezione al risultato finale del giudizio, «indipendentemente dal percorso – ordinario o abbreviato – prescelto dall'imputato»³⁴, lasciandosi guidare dalla regola della condanna oltre ogni ragionevole dubbio sancita nell'art. 533 co. 1 Cpp³⁵.

Nel momento conclusivo delle indagini preliminari trova spazio il canone dell'*in*

²⁹ C. cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 210.

³⁰ J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna*, cit., 11-12.

³¹ Cfr. A. Nappi, *Nuova Guida al Codice di Procedura Penale. Aggiornata con la Riforma Cartabia*, Lanciano 2023, 802. Secondo M. Bontempelli, *Le indagini preliminari*, in *Procedura penale*, VIII ed., Torino 2023, 604, è la previsione di condanna ad essere ragionevole, e non l'eventuale dubbio, derivante da elementi acquisiti al procedimento.

³² Cfr. F. Cassibba, *L'archiviazione*, in *Sistema di procedura penale*, II, Milano 2023, 444.

³³ Particolarmente critico, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, cit., 13 ss.

³⁴ F. Siracusano, *La prevedibilità dell'esito del giudizio quale antidoto all'azzardo imputativo?*, in *PPG* 2023, 547.

³⁵ Con estrema chiarezza, v. C. Conti, *La ragionevole previsione di condanna*, cit., 1544 ss.; F. M. Iacoviello, *op. cit.*, 791. Secondo M. Bontempelli, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., 1151 il riferimento al ragionevole dubbio non significa che il P.M. debba applicare la regola di giudizio dell'art. 533 comma 1 Cpp ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

Sulla influenza della regola di cui all'art. 533 Cpp sui provvedimenti conclusivi delle indagini e dell'udienza preliminare v., già prima della riforma, G. Canzio, *L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatorio e di giudizio nel processo penale*, in *RIDPP* 2004, 304 ss.; C. Conti, *Archiviazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino 2009, 751-752. Sul rischio di una volgarizzazione del paradigma del ragionevole dubbio esteso alla regola di giudizio alla base dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere, v. E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano 2016, 128 ss.

*dubio pro reo*³⁶.

Il riferimento testuale alla ragionevole previsione di condanna, almeno nelle intenzioni, assume il significato di imporre al pubblico ministero l'inazione anche nei casi in cui le indagini preliminari abbiano lasciato un quadro probatorio insufficiente e contraddittorio³⁷, con una precisazione che ricaviamo, seppure riferita all'art. 115 del progetto prel. e in sintonia con i *dicta* della sentenza n. 88 del 1991 della Consulta, dalle Sezioni unite "Vottari"³⁸.

Il giudizio prognostico di colpevolezza o di innocenza, ora sancito dall'art. 408, co. 1, Cpp, non può assumere carattere *dinamico* e fondarsi, di conseguenza, sull'utilità del contraddittorio dibattimentale a colmare tale insufficienza o contraddittorietà.

Il pubblico ministero prima e il giudice poi nella sua funzione di controllo e di garanzia devono compiere le proprie valutazioni *rebus sic stantibus*, come suggerisce l'*incipit* dell'art. 408, co. 1, Cpp: la ragionevole previsione di condanna scaturisce dagli «elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari»³⁹, che devono sempre più caratterizzarsi per la loro completezza⁴⁰, in quanto «il pubblico ministero dovrà

³⁶ Cfr. F. M. Iacoviello, *op. cit.*, 791. Cfr. criticamente E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., 15. Paventava questo rischio M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in CP 2021, 3071.

³⁷ M. Gialuz - J. Della Torre, *Giustizia per nessuno*, Torino, 2022, 308-309; K. La Regina, *L'archiviazione nel vertice efficientista*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, 283-284; A. Nappi, *op. cit.*, 803, secondo il quale la regola di giudizio da applicare è la stessa che l'art. 530 Cpp detta per la sentenza di merito, perché solo ipotizzando un'applicazione di questa regola favorevole all'accusa, è possibile prevedere una condanna o l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. E aggiunge: «né questa conclusione confligge con alcun principio sistematico, posto che gli atti di indagine [...] possono giustificare decisioni ben più impegnative di un provvedimento di archiviazione, come la sentenza di condanna, che definisce il giudizio abbreviato».

³⁸ Cass. S.U. 30.10.2002 n. 39915, cit., 1019.

³⁹ Cfr. F. Iacoviello, *op. cit.*, 790; nella stessa direzione, G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in www.archiviopenale.it (28.10.2022), 12. Con riferimento all'omologa regola dell'art. 425 comma 3 Cpp, F. D'Arcangelo, *Udienza preliminare*, in *La riforma del sistema penale*, a cura di A. Bassi, C. Parodi, Milano 2022, 149. In senso contrario, R. Aprati, *Le nuove indagini preliminari fra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in www.giustiziainsieme.it 20 dicembre 2022, 31.

è interessante evidenziare come, sul solco in particolare di V. Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., 1292 ss., già G. Giostra (*Archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino 1994, 29 ss.) affermava che «la prognosi processuale deve fondarsi su basi oggettive; cioè come pure dice l'art. 125 NACpp, sugli 'elementi acquisiti', e non su futuri scenari prospettati dall'insondabile preveggenza del pubblico ministero o del giudice per le indagini preliminari», anche se subito dopo precisava che il g.i.p. doveva poter escludere allo stato degli atti, che «in giudizio si possano registrare significativi cambiamenti del quadro probatorio: basta che non siano gli stessi elementi raccolti, evidenziando lacune o potenzialità investigative, a sollecitare determinate integrazioni probatorie» (31).

⁴⁰ P. Tonini - C. Conti, *op. cit.*, 691-692; T. Rafaraci, *op. cit.*, 161, secondo il quale la riforma rafforza il principio di completezza delle indagini. Nella stessa direzione, A. Nappi, *op. cit.*, 802. Critico, per contro, verso questa conclusione, M. Bontempelli, *Udienza preliminare*, cit., 1149.

preoccuparsi di coprire ogni singolo aspetto della futura accusa»⁴¹.

«La previsione di condanna altro non è che la previsione di condanna in base alle informazioni acquisite: cioè allo stato degli atti»⁴².

La diagnosi sugli atti di indagine fonda la prognosi sulla condanna finale⁴³.

4.1. Per precisa scelta del legislatore, sembra di assistere ad un ritorno “mascherato” all’istruzione formale del codice del 1930⁴⁴, dando l’ennesimo scossone a un processo definito di stampo accusatorio⁴⁵.

Riprendono vigore le riflessioni svolte sempre sull’omologo art. 115 prog. prel. cod. proc. pen., secondo cui questa norma sottende «una filosofia diversa da quella che si ritiene essere alla base dello stesso modello accusatorio: mentre infatti quest’ultima si fonda sull’idea che il contraddittorio meglio serva allo scopo di raggiungere la ‘verità’ (sia a favore che contro l’imputato), [...] quella che è invece sottesa alla disposizione

⁴¹ F. Morelli, *op. cit.*, 6, il quale paventa il rischio di una ipertrofia più quantitativa che qualitativa delle indagini preliminari. Bisogna, peraltro, sottolineare che tale rischio, al di là di atteggiamenti patologici, può ridursi a fronte del corretto operare dei meccanismi di contraddittorio con le parti all’interno dell’art. 409 Cpp e dell’art. 415-bis Cpp, che la novella esalta.

⁴² Così efficacemente, F. Iacoviello, *op. cit.*, 791.

⁴³ Non riteniamo così che la lettura proposta sia «un’applicazione puramente diagnostica del nuovo standard»: così, per contro, J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna*, cit., 29 ss.

La prognosi di ragionevole previsione di condanna dell’imputato, sotteso alla scelta se esercitare o meno l’azione penale, può far pensare inoltre ad una assimilazione rispetto alla regola di giudizio alla base della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza di cui all’art. 273 Cpp (cfr. per un’ampia analisi della questione S. Ruggieri, *op. cit.*, 681 ss.). Su tale giudizio continua ad influire la circostanza che la richiesta di rinvio a giudizio si fonda sull’intero fascicolo delle indagini e non sul materiale selezionato dal pubblico ministero ex art. 291 Cpp. Inoltre, anche a fronte di un atto di esercizio dell’azione penale (immotivato), non si può prescindere per limitare la libertà personale da una richiesta e da una ordinanza cautelare motivata (che rispondano ai requisiti contenutistici degli artt. 291 e 292 Cpp), da sottoporre all’eventuale controllo del tribunale del riesame e della cassazione. Prima della novella, oltre alla sentenza n. 121 del 2009 in tema di interferenza del procedimento cautelare sul procedimento principale, v., in particolare, nella giurisprudenza di legittimità Cass. S.U. 30.10.2002 n. 39915, cit., 1019, nonché, Cass. S.U. 5.7.2000 n. 24, in *CP* 2001, 1158, con nota di A. Bassi, *La determinazione dei termini di durata della custodia cautelare per la fase del giudizio sull’ipotesi opposta di “interferenza” del procedimento principale su quello cautelare e sulla impossibilità di qualsiasi equipollenza tra provvedimento cautelare e decreto che dispone il giudizio. Sulla essenzialità del controllo mediante gravame del provvedimento cautelare e sulla diversità del giudizio sotteso al rinvio a giudizio rispetto al giudizio cautelare*, dopo la riforma, v. anche F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 811-812. In generale, sul giudizio alla base della fattispecie cautelare, si rinvia all’opera fondamentale di D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino 2004.

⁴⁴ Cfr. E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 1 ss. V. già in questa direzione F. Cordero, *Chi abusa del processo*, in *DPP* 2007, 1423, secondo il quale i compilatori del codice, pur scrivendo indagini, avevano in mente la vecchia istruzione. In senso contrario, P. Tonini – C. Conti, *op. cit.*, 702-703.

⁴⁵ Cfr. K. La Regina, *L’archiviazione nel vortice*, cit., 286. Sulla stessa linea, F. Siracusano, *La prevedibilità dell’esito del giudizio*, cit., 548 e 552. All’interno di una riflessione a carattere più generale v. P. Ferrua, *Il modello costituzionale del processo penale e la riforma “Cartabia”*, in *CrD*, 2002, 237.

dell'art. 115 delle norme attuazione tradisce una sfiducia di fondo nel mezzo del contraddittorio e del dibattito pubblico»⁴⁶.

Per “esorcizzare” tale rischio, non sono mancate voci autorevoli, tra cui Enrico Marzaduri e l'amico Stefano Ruggieri, che hanno sostenuto come, in realtà, la riforma consente una lettura che non si allontana dalla prospettiva della sostenibilità dell'accusa in giudizio⁴⁷.

Le potenzialità euristiche del contraddittorio nella formazione della prova dibattimentale e il concetto di ragionevolezza sotteso alla previsione di condanna diventano argomenti centrali per sostenere il carattere simbolico o pedagogico della riforma, al fine di salvaguardare il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la centralità del «giudizio»⁴⁸.

Pur condivisibili le intenzioni, le critiche avanzate potrebbero piuttosto alimentare i dubbi di costituzionalità della disciplina, anche se pare consequenziale la immediata sottolineatura che «il criterio selettivo ora previsto dall'art. 408, co. 1, Cpp esprime un'istanza di razionalizzazione che si colloca in uno spazio costituzionalmente legittimo poiché, mentre tutela l'efficienza (e tempera il rischio giudiziario), non sembra intaccare i valori che fondano il principio di obbligatorietà dell'azione, quali l'indipendenza del pubblico ministero, l'uguaglianza dei singoli di fronte alla legge, la tutela sul versante processuale del principio di legalità penale sostanziale»⁴⁹.

È da riconoscere, come ben presente nel pensiero di Enrico Marzaduri, che non basta una diversa regola di giudizio, fondata su presupposti discrezionali, per conseguire gli auspicati effetti deflattivi, come dimostrato dal fallimento degli analoghi tentativi compiuti con la l. 8.04.1993 n. 105 e con la l. n. 469 del 1999 e le modifiche all'art. 425 Cpp⁵⁰.

Solo uffici di procura altamente responsabili ed efficienti, dotati di progetti

⁴⁶ Così *Parere del CSM sull'art. 115 prog. prel. disp att*, in Conso, Grevi, Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale, Dalle leggi-delega ai decreti delegati*, VI, *Le norme di attuazione, di coordinamento e transitoria del codice di procedura penale*, Padova 1990, 192, ripreso da E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 6 e 7.

⁴⁷ P. Ferrua, *Regole di giudizio e udienza preliminare*, in PPG 2023, 966 ss.; E. Marzaduri, *La riforma Cartabia*, cit., 18.; S. Ruggieri, *op. cit.*, 17 ss. Nella stessa direzione pare orientata, L. Giuliani, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, Padova 2023, 573.

⁴⁸ Tra gli altri, S. Ruggieri, *op. cit.*, 645.

⁴⁹ Così T. Rafaraci, *op. cit.*, 161. Nello stesso senso, G. Garuti, *L'efficienza del processo*, cit., 12-13.

⁵⁰ Cfr. *ex plurimis*, E. Amodio, *La cultura della speditezza*, cit., 22; R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in PPG 2022, 84; F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale*, cit., 177. Più in generale, v. L. Marafioti, *Inazione e forme abusive di addebito penale: concetti vintage e nuovi approdi nelle scelte del pubblico ministero*, in *Inazione, controlli, esecuzione. Atti del convegno in ricordo di Giovanni Dean*, a cura di C. Fiorio, R. Fonti, M. Montagna, Pisa 2017, 27.

organizzativi che prefigurino idonei e adeguati criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, potranno favorire la completezza investigativa funzionale alla regola dell'*in dubio pro reo* fin dalla fase finale delle indagini, salvaguardando allo stesso tempo analoghe e contrapposte istanze di esaustività delle indagini medesime che l'Europa impone a favore pure della vittima del reato⁵¹.

È stato affermato che «se affiora una plausibile e razionale ipotesi alternativa [all'accusa] [...] non sussiste una ragionevole previsione di condanna. E non resta che richiedere l'archiviazione». E allora, il pubblico ministero «deve setacciare, in termini di completezza, le plausibili razionali ipotesi alternative che possono condurre ad un epilogo diverso dall'esercizio dell'azione penale»⁵².

È chiaro il cambiamento *culturale* richiesto⁵³, rispetto a prassi che svelano fino ad oggi, per contro, una figura di organo dell'accusa «fortemente connotata da una logica di parte, istituzionalmente indotta a rinvenire forme di conferma ad ipotesi unidirezionali»⁵⁴, soprattutto nei procedimenti a citazione diretta a giudizio davanti al tribunale monocratico, e una autorità giudiziaria incline ai provvedimenti «immotivati» che spingono le indagini verso le fasi successive⁵⁵.

Solo richieste esaustive sotto il profilo motivazionale e fondate su solide basi probatorie dall'organo dell'accusa consentono al giudice di ottemperare ad uno sforzo argomentativo che non appare, comunque, improbo, ma che non può «limitarsi alla mera enunciazione della formula normativa» o all'uso disinvolto di modelli prestampati⁵⁶.

⁵¹ M. Montagna, *Necessità della completezza delle indagini*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 351 ss.; C. Valentini, *La completezza delle indagini fra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *AP* 2019, 3, 1 ss. Per la Corte di Strasburgo, le indagini devono essere, tra l'altro, tempestive, chiudersi prima dell'intervento della prescrizione (C. eur., 26 marzo 2013, Valulienė c. Lituania), approfondite ed effettive, in particolare a tutela della vittima del reato (C. eur., 28 ottobre 1998, Assenov e altri c. Bulgaria). Da ultimo, C. eur., 1° dicembre 2022, D.K. c. Italia, con osservazioni di Trapella, in *PPG* 2023, 2, 314 ss.

⁵² R. Bricchetti, sub art. 425, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, II, Milano 2023, 3138, 3139.

⁵³ Cfr. R. Bricchetti, *op. cit.*, 3138; K. La Regina, *L'archiviazione nel vortice*, cit., 285; L. Pistorelli, *Termini di indagini, valutazione su stasi del procedimento e archiviazione*, in *La riforma del processo penale*, cit., 131. V. anche F. Palazzo, *Sul pubblico ministero: riformare sì ma con giudizio*, in *www.questionegiustizia.it*, 8.6.2021, 3-4.

⁵⁴ Così C. Santoriello, *Il pubblico ministero ed i cento talleri di Kant*, in *www.archiviopenale.it*, 5.7.2021, 27 ss. Nella stessa direzione, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia*, cit., 26.

⁵⁵ Così, tra gli altri, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia*, cit., 27; nonché E. Amodio, *La cultura della speditezza*, cit., 23 ss.; F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale*, cit., 178.

⁵⁶ Solo così si può evitare di trasformare l'opposizione della persona offesa in un recupero pressoché automatico del contraddittorio *ex post*, per provocare una motivazione effettiva. All'interno della stessa Circolare del Ministero della Giustizia sulla Riforma Cartabia. *Le indagini preliminari*, 26 ottobre 2022, in *www.giustizia.it*, 4 e 5 si sostiene come sia prevedibile aspettarsi a seguito della novella, oltre all'aumento delle richieste di

Dovrebbero superarsi tentazioni patologiche di prassi defatigatorie, alimentate da numeri non gestibili di procedimenti correlati alla disorganizzazione degli uffici.

Il rischio è evidente: l'insussistenza della ragionevole previsione di condanna, ma anche di cause di non punibilità dell'indagato, è valutazione che resta attribuita ad una autorità giudiziaria la quale, anziché percepire il ruolo centrale che gli viene assegnato nel far pervenire a dibattimento solo i processi meritevoli del contraddittorio nella formazione della prova, si potrebbe lasciare sopraffare dall'aggravio sul versante della produttività⁵⁷.

Tra un provvedimento motivato (l'archiviazione) e uno immotivato quale la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione diretta a giudizio è forte la tentazione di preferire il secondo ⁵⁸: tentazione ineliminabile anche addentrandosi in una prospettiva di motivazione in forma semplificata⁵⁹.

Occorrerà attendere, anche per una verifica dei risultati raggiunti, la redazione dei nuovi progetti di organizzazione degli uffici di procura, che consentiranno di identificare le notizie di reato non prioritarie, destinate a finire sul binario "morto" della prescrizione e della relativa rapida e inesorabile inazione: e non è casuale che la nuova Circolare del C.S.M sugli Uffici della Procura sottolinei la centralità funzionale della completezza investigativa⁶⁰.

4.2. Nella fisiologia del sistema, l'accoglimento *de plano* della domanda di archiviazione del p.m. dovrebbe divenire ipotesi del tutto residuale rispetto alla fissazione dell'udienza camerale ex art. 409 co. 2 Cpp

In primis, l'incremento, almeno nelle intenzioni del legislatore, delle richieste per ragioni di merito ai sensi dell'art. 408 co. 1 Cpp non può non incidere sull'utilizzo dello strumento volto ad "impedire" l'emissione del decreto conseguente: l'opposizione della

archiviazione, un aumento delle opposizioni della persona offesa, con la necessità correlata di una particolare attenzione alla motivazione dei provvedimenti di archiviazione.

⁵⁷ Cfr. F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale*, cit., 178 evidenzia allo stesso tempo il rischio di tramutare il giudizio dibattimentale, introdotto dalla «ragionevole previsione di condanna», in una sorta di residuale e inopinato "rito dei colpevoli", spogliandolo della sua originaria fisionomia di avamposto epistemico della giusta decisione (180). Nella stessa direzione, v. E. Marzaduri, *Il declino del paradigma accusatorio*, cit., 28. In senso esattamente opposto, F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 792-793, secondo il quale il giudice può avere tutti i pregiudizi colpevolisti che vuole, ma deve poi motivare. E la sua motivazione «verrà esaminata in luce e controluce da altri giudici».

⁵⁸ F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale*, cit., 178.

⁵⁹ Secondo il suggerimento di E. Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in CP 2022, 22 ss.

⁶⁰ Circolare del CSM sull'organizzazione degli Uffici della Procura 3.7.2024, in www.csm.it.

persona offesa ex art. 410 Cpp⁶¹.

In secondo luogo, l'attuale disciplina sostanziale e processuale, che arretra i temi della punibilità dell'indagato alle scelte sull'azione, impone, il più delle volte, un'interlocuzione con quest'ultimo e con la stessa persona offesa non solo al fine del decidere, ma anche per aprire al contraddittorio sulla completezza delle indagini, per lo meno a fronte di inerzie o inefficienza del pubblico ministero⁶².

Si esalta il ruolo e la volontà della persona offesa, accanto a quella dell'indagato nella fase di cui si discute, per tutti quei reati nei quali la conciliazione e la mediazione possono condizionare la formulazione dell'imputazione, anche a scapito della ragionevole durata del procedimento, a fronte di possibili sospensioni delle indagini ai sensi dell'art. 129-bis, co. 4-bis, Cpp⁶³, ovvero ex artt. 464-ter.1 e 464-quater Cpp, finalizzate alla composizione del conflitto tra indagato e vittima del reato.

Senza dimenticare che anche l'attivazione dei meccanismi della particolare tenuità del fatto, dell'oblazione ex art. 162-bis Cp e dell'estinzione del reato ai sensi dell'art. 162-ter Cp impongono di fatto o normativamente una interlocuzione necessaria con la persona offesa dal reato.

La stessa Corte costituzionale ha esaltato questi profili nella sentenza interpretativa di rigetto n. 116 del 2023⁶⁴.

Nel sottolineare, a salvaguardia della titolarità esclusiva dell'azione penale in capo

⁶¹ V. *supra* § 4.1. Ovvero per chiedere, successivamente al provvedimento, la riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 Cpp. Cfr. sempre Circolare del Ministero della Giustizia sulla Riforma Cartabia. *Le indagini preliminari*, 26.10.2022, cit., 4 e 5.

⁶² L'importanza della interlocuzione necessaria con la persona offesa dal reato a fini di completezza delle indagini è ben espressa dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambi le Corti sovranazionali hanno evidenziato la necessità, nella prospettiva del giudizio sull'azione, di dar voce alla vittima del reato: cfr., anche per i necessari riferimenti, S. Ruggieri, *op. cit.*, 670-671.

Secondo C. eur., 31 luglio 2012 M. e altri c. Italia, affinché un'indagine possa essere considerata effettiva, le autorità sono tenute ad adottare ogni misura ragionevole a loro disposizione per assicurare le prove dei fatti, incluse, tra le altre, una dichiarazione dettagliata concernente le accuse formulate dalla presunta vittima, la prova testimoniale, la prova forense e, laddove appropriato, referti medici aggiuntivi.

⁶³ Cfr. L. Parlato, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 296, la quale evidenzia come questa sospensione, prevista per i reati procedibili a querela, serva a "creare" il tempo necessario per la remissione, fermo restando la sospensione del corso della prescrizione. Estremamente critico è O. Mazza, sub art. 129 bis c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, I, cit., 1975 - 1976, il quale sottolinea, tra l'altro, che la sospensione con effetti interamente a carico dell'indagato è disposta con ordinanza motivata inoppugnabile del giudice (che va notiziato) dopo aver sentito le parti, i difensori nominati e, se necessario, la vittima del reato. Correttamente l'Autore evidenzia che sarebbe irrazionale inviare ai centri di giustizia riparativa senza sentire preventivamente la vittima. Cfr. anche E. Lorenzetto, *Nuove sinergie tra giustizia riparativa e procedimento penale*, in *GI* 2023, 1219.

⁶⁴ C. cost., 13 giugno 2023, n. 116, in *GCos* 2023, 1318 ss., con nota di F. Caprioli, *L'azione penale ai tempi del 'fatto tenue': nuovi sintomi di un'irreversibile crisi di identità*.

al pubblico ministero, il dovere per il g.i.p. di rigettare la richiesta di archiviazione fondata sulla ragionevole previsione di condanna, laddove ritenga, per contro, sussistere una ipotesi di particolare tenuità del fatto, ha sviluppato alcune utili riflessioni ai fini di cui si discute.

«Una pronuncia di non punibilità *ex art. 131 bis cod. pen.*, in qualunque fase procedimentale o processuale sia collocata, presuppone logicamente la valutazione che un reato, completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, sia stato commesso dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato»⁶⁵.

Da qui, la necessità che in caso di dissenso del g.i.p. sulla richiesta del pubblico ministero, «la parola torni a quest'ultimo per le determinazioni di sua competenza; e impone che tutti i soggetti processuali siano posti in grado di interloquire su tali eventuali determinazioni, contando sullo *spatium deliberandi* specificamente previsto dal legislatore all'art. 411, co. 1-bis, cod. proc. pen.»⁶⁶.

L'allungamento dei tempi del procedimento di archiviazione si giustifica per garantire alle parti interessate di difendersi dalla ritenuta sussistenza del fatto sottesa alla nuova ipotesi prospettata, ma più in generale ogniqualvolta si discuta di punire l'indagato⁶⁷.

In questa ricostruzione della Corte costituzionale si conferma in via testuale la

⁶⁵ C. cost., 13 giugno 2023, n. 116, cit., 1330.

⁶⁶ C. cost., 13 giugno 2023, n. 116, cit., 1331.

⁶⁷ Appare così ancorato ad argomentazioni non condivisibili quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 41 del 2024 (C. cost., 11 marzo 2024, n. 41, cit., 499 ss.), laddove si sostiene, nell'escludere la possibilità per l'indagato di rinunciare nella fase preliminare alla prescrizione, che non sussiste alcun diritto dell'indagato medesimo ad un accertamento negativo su di una *notitia criminis*, in quanto tale accertamento presuppone il diritto di difendersi provando contro accuse formalizzate, da escludersi in sede di indagini preliminari e di archiviazione.

Pur non potendosi disconoscere, come affermato nella stessa sentenza, che le indagini preliminari inevitabilmente 'dominate' dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria «non sono strutturate dal legislatore come luogo idoneo per esercitare un tale diritto alla prova» (510) e che durante le stesse il medesimo indagato «ha possibilità assai limitate per esercitare un reale contraddittorio rispetto all'attività di ricerca della prova del pubblico ministero e ai suoi risultati» (509), a fronte dell'evoluzione codicistiche e delle più recenti modifiche, sarebbe stato più coerente, rispetto ai *dicta* ben diversi e più meditati contenuti nella sentenza n. 116 del 2023 (v. *supra*, § 4.2) e nelle sentenze n. 5 e n. 273 del 2023 (v. *infra*, § 4.4), una conclusione diversa e, comunque, meno netta: non può escludersi, in assoluto, il diritto di ottenere un provvedimento di archiviazione con la formula più favorevole della «infondatezza» della notizia di reato, proprio in ragione della salvaguardia della presunzione di innocenza anche dell'indagato e della natura sempre più giurisdizionale del provvedimento di archiviazione, almeno per impedire la declaratoria di particolare tenuità del fatto e la confisca preventiva. Nè si può definire il provvedimento di archiviazione in modo perentorio, «atto neutro» al pari della iscrizione della *notitia criminis*, trascurando come tra l'inizio e la fine della fase preliminare vi sono indagini sempre più ampie, complete e momenti giurisdizionali di controllo sempre più significativi, che consentono di realizzare un contraddittorio senz'altro *imperfetto*, ma che non possono considerarsi, con un tratto di penna, *tamquam non esset*.

natura di merito del provvedimento di accoglimento di una richiesta di inazione per particolare tenuità del fatto ex art. 411, co. 1 bis, Cpp definita dalla stessa Consulta, con un *lapsus calami*, una «richiesta di proscioglimento»⁶⁸.

Risultato più in generale inevitabile⁶⁹, laddove si anticipino le questioni di punibilità in sede di esercizio dell'azione, in direzione antinomica ad una lunga tradizione⁷⁰.

La decisione di non agire finisce, in questo modo, per assumere quale oggetto una “accusa”, seppure in senso non formale, fondata sulla valutazione di risultanze investigative e probatorie tendenzialmente complete grazie al contributo *in primis* del pubblico ministero, ma anche del difensore dell'indagato e della persona offesa⁷¹, chiamati ormai quasi doverosamente a intervenire in via preventiva⁷².

Si rivitalizzano le riflessioni già espresse, senza seguito, con riferimento alla versione originaria del codice del 1988, secondo le quali anche «nel provvedimento di archiviazione è contenuto un giudizio di merito che si configura come giudizio di innocenza o di non colpevolezza dell'indagato»⁷³, alla base oggi della ragionevole previsione di condanna ex art. 408 co. 1 Cpp

4.3. La conferma viene dal *dictum* contenuto nella parte finale dello stesso art. 408, co. 1, Cpp, anch'esso introdotto dalla novella del 2022, che allinea le regole di giudizio dell'inazione e della sentenza di non luogo a procedere (v. art. 425 co. 3 Cpp).

Il pubblico ministero chiede l'archiviazione «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari [...] non consentono di formulare una ragionevole previsione [...] di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

⁶⁸ C. cost., 13 giugno 2023, n. 116, cit., 1330. Fortemente critico, F. Caprioli, *L'azione penale*, cit., 1344.

⁶⁹ Già prima della novella, C. Conti, *Archiviazione*, cit., 809-810; L. Padula, *L'archiviazione*, Milano 2005, 12; A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano 1993, 259 e 290 ss; C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova 1994, 147. Continua a parlare di un provvedimento a natura procedimentale, A. Nappi, *op. cit.*, 803. Per una interessante ricostruzione delle varie tesi contrapposte, *ante riforma*, v. M. Caianiello, voce *Archiviazione*, cit., 61; F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 95 ss. e 390 ss.; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 346 ss.

⁷⁰ Che si manifesta nell'applicabilità formale ancora oggi dell'art. 129 Cpp in ogni stato e grado del *processo*: per un approfondimento e i necessari *distinguo* v., per tutti, L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 143 ss.

⁷¹ Cfr. nell'analizzare la tesi avversata dei sostenitori della natura giurisdizionale del provvedimento di archiviazione, M. Caianiello, voce *Archiviazione*, cit., 62, secondo il quale per costoro l'archiviazione ha ad oggetto un fatto che dell'imputazione e della verifica sulla stessa reca tutti i crismi tipici. Cfr. anche F. Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 390, nota 5.

⁷² V. *supra*.

⁷³ A.A. Sammarco, *op. cit.*, 117.

Tradizionalmente nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁷⁴, sviluppatasi nei primi anni di vigenza del codice di rito, si affermava che l'applicazione delle misure di sicurezza doveva escludersi all'interno di un provvedimento di archiviazione, implicando l'accertamento possibile solo nel giudizio dibattimentale con il contraddittorio pieno tra le parti e la formazione dialettica della prova, che il fatto sussista, che sia stato commesso dall'interessato, che costituisca reato o quasi reato, e che l'accusato sia soggetto socialmente pericoloso.

In questa risalente lettura, il decreto o l'ordinanza di archiviazione⁷⁵ avevano natura procedimentale, in quanto contenenti una semplice prognosi di superfluità del processo. Da qui, si affermava che, quando dagli elementi acquisiti emergessero ipotesi di quasi reato ai sensi degli artt. 45 e 115 Cp tali da richiedere l'applicazione di una misura di sicurezza, il p.m. fosse tenuto a promuovere l'azione penale⁷⁶.

Oggi si impongono talune correzioni.

Una volta omologata la regola di giudizio tra archiviazione e sentenza di non luogo a procedere, già il g.i.p. su richiesta del pubblico ministero ex art. 409, co. 1, Cpp nella prospettiva delle misure di sicurezza deve "ricostruire" un fatto di reato completo dei suoi elementi costitutivi ed escludere il provvedimento di archiviazione solo in caso di prognosi favorevole di sussistenza della pericolosità sociale dell'accusato del reato, che è «di competenza esclusiva del giudice dibattimentale»⁷⁷.

In altri termini, al pari della sentenza di non luogo a procedere⁷⁸, è solo la ragionevole previsione di sussistenza della pericolosità sociale dell'accusato che impone il processo, fondando l'applicazione in giudizio della misura di sicurezza personale⁷⁹.

⁷⁴ C. cost., 15 luglio 1993, n. 319, in CP 1993, 2785, con nota di G. Ariolli, *L'applicazione "definitiva" delle misure di sicurezza nel processo penale e la natura del decreto di archiviazione*.

⁷⁵ Cfr. C. cost., 10 febbraio 1993, n. 41, in GCos 1993, 297 ss., con nota di S. Tessa, *Sentenza di non luogo a procedere e difetto di imputabilità*. Ed anche a seguito della legge n. 105 del 1993, C. cost., 11 aprile 1997, n. 94, in GCos 1997, 938 ss., al pari della sentenza di non luogo a procedere.

⁷⁶ In questa direzione, M.G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Torino 1992, 136; F. Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 372 ss.; G. Giostra, *Archiviazione*, cit., 21.

⁷⁷ Così F. Cassibba, *L'archiviazione*, cit., 444. Cfr. anche, diffusamente, F. Cassibba- S. Quattrocolo, *Udienza preliminare*, in *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, a cura di D. Negri, Torino 2017, 702 ss.

⁷⁸ E' stata la stessa Corte costituzionale successiva a tali modifiche a suggerire, seppure in un *obiter dictum*, il superamento della lettura tradizionale, nell'affermare che «egualmente sul merito finisce per proiettarsi la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità – ora consentita, quando non ne consegua l'applicazione di una misura di sicurezza»: così C. cost., 6 luglio 2001, n. 224, in GCos 2001, 1959. Nella stessa direzione, F. Cassibba- S. Quattrocolo, *Udienza preliminare*, cit., 703.

⁷⁹ Cass. 9.7.2009 n. 36362. Nello stesso senso Cass. 5.3.2014 n. 21826. In dottrina, cfr. T. Bene, *La sentenza di non luogo a procedere*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, a cura di L. Kalb, I, Milano 2000, 453 ss.;

Sarà anche sotto questo profilo interesse difensivo dell'indagato introdurre da subito, con le proprie investigazioni, i temi della punibilità, come per la particolare tenuità del fatto.

4.4. Il percorso evolutivo verso la natura giurisdizionale del provvedimento di archiviazione, con il moltiplicarsi di momenti di contraddittorio preventivo obbligatorio pur con limiti inevitabili connessi alla fase, è ricavabile anche dallo stesso art. 408, co. 1 parte finale, Cpp, che fa salva l'applicazione della confisca, al pari di quanto stabilito sempre dall'art. 425, co. 4, Cpp

Nulla quaestio laddove le indagini abbiano portato al sequestro di cose intrinsecamente pericolose ai sensi dell'art. 240 co. 2 n. 2. Come desumibile dalla sentenza delle Sezioni unite "Bellucci"⁸⁰, la confisca (diretta) è sempre obbligatoria pure in sede di archiviazione, fermo restando l'obbligo motivazionale *in parte qua* dell'organo giurisdizionale.

Discorso più articolato è da svolgersi per le confische preventive che la disciplina sostanziale impone o facoltizza per fattispecie di reato sempre più numerose a prescindere da una condanna e che sono ricollegabili anche al decreto o all'ordinanza ex art. 408 Cpp, come confermato di recente da due significative sentenze sempre della Corte costituzionale⁸¹.

Per la Consulta resta necessario, per applicare una misura ablativa, che il giudice, anche a fronte della scelta del p.m. di non agire, accerti pregiudizialmente il fatto di reato per cui si procede in tutti i suoi elementi costitutivi in un procedimento in contraddittorio con l'accusato⁸², in quanto «l'incidenza sul diritto di proprietà determinata dalla confisca [...] giustifica il dispendio di energie processuali connesso alla necessità di confrontarsi con le eventuali allegazioni difensive dell'imputato [o indagato]: il quale ha il pieno diritto [...] di sostenere di non aver commesso il fatto che gli è stato contestato, al diverso fine di evitare l'applicazione di una misura che

R. Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano 2000, 145. Cfr., dopo la novella del 2022, G. Della Monica, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in www.archiviopenale.it, 6.6.2023, 14.

⁸⁰ Cass. S.U. 30.5.2019 n. 40847, in *CED Cass.*, m. 276690-02.

⁸¹ Sull'art. 6 l. 22.5.1975, n. 152 in tema di armi, riferendosi a casi di oblazione in dibattimento: C. cost., 24 gennaio 2023, n. 5, in *GCos* 2023, 42 ss., con nota di V. Valentini, *Il fattivo abbraccio fra presunzione d'innocenza e misure ablative preventive*; in sede di archiviazione: C. cost., 27 luglio 2023, n. 172, in www.cortecostituzionale.it. Il riferimento è in particolare alla confisca conseguente al reato di omessa denuncia all'autorità di pubblica sicurezza del luogo in cui si trova l'arma ai sensi dell'art. 38 co. 7 TULPS. (r.d. 18.06.1931 n. 733).

⁸² Così C. cost., 24 gennaio 2023, n. 5, cit., 61.

pesantemente incide sul suo diritto di proprietà, e che – seppur inquadrabile in una logica preventiva anziché punitiva – ha per presupposto il medesimo fatto di reato».

5. L'esaltazione di una *difesa attiva* non vale solo in sede di richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 409, comma 2, Cpp e già prima soprattutto se si vuole far valere la non punibilità del fatto, ma anche laddove il pubblico ministero abbia intenzione di percorrere la via ordinaria della richiesta di rinvio a giudizio o della citazione diretta a giudizio, con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

In questo caso, «anche il difensore delle parti private sarà chiamato a diventare, prima del dibattimento e con lo scopo di propiziare (se difensore della parte offesa) o di evitarlo (se difensore dell'indagato) interlocutore attivo e dialogante del pubblico ministero (prima) e del giudice (poi), facendo emergere quegli elementi di prova a favore del proprio assistito in grado di determinare una decisione favorevole per questo, rispetto alla probabilità, ragionevole o meno, di una futura condanna»⁸³.

È emersa più volte l'utilità, se non la necessità del contraddittorio con l'indagato e la persona offesa, per garantire, in particolare, la completezza delle indagini essenziale per il corretto funzionamento della nuova regola di giudizio della «ragionevole previsione di condanna»⁸⁴.

Sono sempre attuali le parole di chi ha evidenziato che «il rapporto privilegiato con l'indagato e con il suo mondo, schiude al difensore scorci inopinati e gli consente informazioni che il pubblico ministero troverebbe a fatica. Per quanto il pubblico ministero tenti di immedesimarsi nella posizione della difesa, egli non è in grado di prospettarsi tutte le possibili linee difensive e quindi tutti i fatti rilevanti rispetto ad esse»⁸⁵, al di là della funzione fisiologica di accusa rivestita dalla parte pubblica⁸⁶.

Se il pubblico ministero si lascerà guidare dal criterio della ragionevole previsione

⁸³ Così *Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia"*, n. 2, 2023, in www.cortedicassazione.it, 75. Questa lettura era già stata suggerita da F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., 390 ss., sulla scorta delle Sezioni unite Gianforte, 22 marzo 2018, n. 40984 (la sentenza si può leggere in CP 2019, 116 ss., con nota di F. Varone, *Richiesta di archiviazione, imputazione coatta e diritto al contraddittorio dell'indagato*) e dalla Corte costituzionale 5 dicembre 2012, n. 286.

⁸⁴ V. *supra*, § 4 ss.

⁸⁵ F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano 1997, 113, concludendo che il migliore dei pubblici ministeri non può sostituire l'ultimo dei difensori.

⁸⁶ E altrettanto vale per il contributo della persona offesa, anche in ragione di quanto previsto dall'art. 415-ter Cpp. Stigmatizzava la mancata previsione della notifica ex art. 415-bis Cpp all'offeso, A. Giarda, *Il 'decennium bug' della procedura penale*, in *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano 2000, 11.

di condanna e risponderà al cambio culturale richiesto dal d. lgs. n. 150 del 2022⁸⁷, diventa più elevata la stessa possibilità, rispetto al passato, di pervenire a una scelta di inazione, qualora l'indagato eserciti in modo efficace il proprio diritto alla controprova anche a seguito della notifica dell'avviso *ex art. 415-bis Cpp*, e non più solo ad una conferma dell'esercizio dell'azione con l'aiuto difensivo della persona offesa.

6. La regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna porta così a compimento la metamorfosi del principio della continuità investigativa, il cui corretto operare aiuta la funzionalità del sistema.

Se non si vuole vanificare nella sua effettività e fisiologia ai fini di cui si discute il presupposto della completezza degli atti di indagine, diventa sempre più espressione di prassi abusive e patologiche della parte pubblica circa il rispetto dei tempi della fase preliminare a ciò necessari la ripresa delle indagini dopo l'esercizio dell'azione penale ai sensi dell'art. 419, co. 3, Cpp, salvo bisogni investigativi a controprova degli elementi di prova introdotti tardivamente nella fase precedente proprio dalla difesa delle parti private ai sensi degli artt. 327-*bis* e 391-*octies* Cpp⁸⁸.

La continuità investigativa rimane, per contro, fisiologica e diventa sempre più centrale per la difesa dell'indagato-imputato (e della persona offesa), a fronte della conoscenza del procedimento, dell'accusa e degli atti proprio in sede di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

L'udienza preliminare e l'udienza predibattimentale diventano, da un lato, per quanto interessa momento *eccezionale* (e patologico) di recupero di un obbligo di completezza degli atti in senso accusatorio non raggiunto in precedenza dal pubblico ministero con l'aiuto della difesa della persona offesa; dall'altro lato, sede *naturale* per l'indagato con il suo difensore di introdurre elementi a proprio favore, al fine di mettere in discussione la tenuta dell'accusa rispetto ad ipotesi alternative ovvero, in ogni caso, per inficiare la capacità e l'efficacia argomentativa degli atti di indagine alla base del giudizio prognostico di fase.

L'obiettivo finale è preciso ed è lo stesso che fonda il criterio di valutazione che

⁸⁷ Ancora di più rispetto al passato è da stigmatizzare l'atteggiamento del pubblico ministero che si disinteressa del contributo conoscitivo introdotto dalla difesa, senza porsi il dubbio ragionevole della correttezza della propria ipotesi accusatoria. Anche se non si può negare che la tentazione di cercare, anche solo per ragioni psicologiche, conferme piuttosto che smentite alla propria ipotesi ricostruttiva è sempre molto forte.

⁸⁸ Per questa linea di tendenza, portata a compimento dal d.lgs. n. 150 del 2022, si permette rinviare a G. Varraso, *Le indagini suppletive e integrative delle parti*, cit., passim.

orienta il p.m. all'inazione.

Il g.u.p., all'esito dell'udienza preliminare, in caso di dubbio ragionevole sull'ipotesi accusatoria, deve emettere la sentenza di non luogo a procedere, senza ispirarsi al tradizionale (*ante novella*) giudizio dinamico aperto a sviluppi probatori dell'istruttoria dibattimentale, a fronte di insufficienze e contraddittorietà degli atti di indagine rimaste tali anche a seguito dell'attivazione dei meccanismi probatori di cui agli artt. 421-*bis* e 422 Cpp e del necessario contraddittorio camerale con tutte le parti⁸⁹.

La stessa riflessione deve valere anche per l'udienza predibattimentale e per la completabilità della piattaforma probatoria consentita alle parti seppure nei limiti delle sole investigazioni suppletive di cui all'art. 419, comma 3, Cpp⁹⁰.

In assenza della possibilità di attivare i meccanismi di cui agli artt. 421-*bis* e 422, la continuità investigativa delle parti (private) diventa addirittura essenziale per la funzionalità selettiva di questa udienza tipica dei procedimenti a citazione diretta davanti al tribunale monocratico, a fronte di una scarsa tensione investigativa nella prassi del p.m. finalizzata alla completezza.

7. La riforma del 2022 non ha inciso, ma anzi confermato, un risultato sistematico consolidato in dottrina e anch'esso ben presente nel pensiero di Enrico Marzaduri: l'infondatezza della notizia di reato prima per inidoneità probatoria degli atti di indagine e oggi sulla base di una prognosi negativa di ragionevole previsione di condanna è criterio che deve orientare sempre il pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, anche laddove voglia percorrere le forme speciali.

⁸⁹ R. Bricchetti, sub art. 425, cit., 3138; F. D'Arcangelo, *op. cit.*, cit., 148-149; F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 802 ss.; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, in *Riforma Cartabia*, cit., 713 ss.; M. Menna, *op. cit.*, 21 ss.

Si traduce in norma quanto già alcuni indirizzi rigorosi affermavano, secondo i quali il decreto che dispone il giudizio può essere pronunciato solo in caso di una prognosi di probabile condanna dell'imputato, senza tener conto dell'eventuale possibilità in giudizio di colmare lacune o contraddittorietà probatorie delle indagini preliminari: cfr. già prima della novella, anche per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, F. Alonzi, *op. cit.*, 312 ss.

⁹⁰ Appare sempre più difficile escludere la natura di merito anche della sentenza di non luogo a procedere: cfr. F. M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 802 ss. Nella stessa direzione, *Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia"*, cit., 88-89. V., a partire dalla l. 8.4.1993, n. 105, A. Giarda, *L'esegeta e il legislatore*, in *CGiur*, 1993, 513 ss.; nonché, P. Corvi, *L'udienza preliminare sempre più udienza e sempre meno preliminare*, in *RIDPP* 1994, 1100-1101. Dopo la l. n. 479 del 1999, con chiarezza, E. Amodio, *Lineamenti della riforma* e N. Galantini, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di E. Amodio, N. Galantini, Milano 2000, 31; A. Giarda, *Il decennium bug della procedura penale*, cit., 12. In senso contrario, anche dopo la novella del 2022, A. Capone, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *GI* 2023, 1196; C. Fanuele, *I nuovi criteri per la decisione di non luogo a procedere*, in *PPG* 2023, 962.

E questo vale anche per gli «altri casi di archiviazione» contemplati dall'art. 411 Cpp: «è un pleonasma l'art. 411» Cpp⁹¹.

Il nuovo art. 407-bis Cpp, su di una linea di continuità con la previgente disciplina, ribadisce che solo se non deve chiedere l'archiviazione il pubblico ministero procede all'esercizio dell'azione penale con la formulazione dell'imputazione, prima nelle forme procedimenti speciali disciplinati dai titoli II (*Patteggiamento*), III (*Decreto penale*), IV (*Giudizio immediato*), V (*Giudizio direttissimo*) e dal titolo V-bis (*Messa alla prova*) del libro VI del codice di rito e poi nelle forme ordinarie.

Da un lato, traspare la scelta metodologica di favore per i riti alternativi suggerita da tale norma, sempre che sia superata una prognosi positiva di ragionevole previsione di condanna e, bisogna aggiungere, di particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis Cpp⁹².

Dall'altro lato, dalla disciplina dei presupposti per il ricorso ai procedimenti speciali non «si ricavano deroghe esplicite od anche solo implicite alla regola *de qua*»⁹³.

Non può considerarsi diverso neppure il criterio di giudizio sotteso alla richiesta di rito direttissimo e immediato.

L'evidenza soggettiva o oggettiva della prova sottesa al potere - dovere di chiedere tali riti rispettivamente ai sensi degli artt. 449 e 453 Cpp⁹⁴, è correlata ad una valutazione del P.M., sottoposta sempre al controllo del giudice, di sola superfluità dell'udienza preliminare e dei suoi meccanismi probatori di cui all'art. 419, co. 3 Cpp e 421 e 422 Cpp, dovendo, per il resto, valere anche nell'ambito *de quo* il giudizio prognostico di alta probabilità di condanna di cui all'art. 408 comma 1 Cpp, anche per

⁹¹ Così F. Caprioli, *L'azione penale ai tempi del 'fatto tenue'*, cit., 1343 e nota 35, riprendendo F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 430. Già nella stessa direzione, Id., *L'archiviazione*, cit., 369 ss.

⁹² La lettura congiunta dell'art. 464-ter.1 Cpp in base al quale il pubblico ministero, in sede di notifica dell'avviso ex art. 415-bis Cpp, può proporre alla persona sottoposta ad indagini la sospensione del procedimento con messa alla prova, indicando la durata e il contenuto essenziale del programma trattamentale, con l'ausilio dell'ufficio dell'esecuzione penale esterna e dell'art. 407-bis Cpp esplicita, come a seguito della novella del 2022, l'esercizio ordinario o anche speciale (nelle altre ipotesi) dell'azione penale è pensato sempre come scelta sussidiaria anche rispetto alla valutazione di percorribilità del rito alternativo *de quo*, che vede esaltata la sua natura processuale, oltre che di causa estintiva del reato. Sulla natura ibrida della messa alla prova v. soprattutto C. cost., 21.2.2018, n. 91, in *GCos* 2018, 776 ss., con nota di C. Cesari, *La Consulta supera le perplessità e la messa alla prova si radica nel sistema penale*. V. anche L. Parlato, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.1.2019.

⁹³ Così E. Marzaduri, voce *Azione*, in *EG*, Aggiornamento, IV, Roma 1996, 14, con affermazione pienamente valida ancora oggi.

⁹⁴ Sottoposto, comunque, alla clausola di salvaguardia della completezza investigativa sottesa alla locuzione «salvo che ciò non pregiudichi gravemente le indagini del P.M.»: v. Cass. S.U. 26.6.2014 n. 42979, in *CP* 2014, 989 ss., con note di E. Gallucci e G. Varraso.

ragioni di coerenza sistematica⁹⁵.

8. La legge “Cartabia” costituisce una riforma complessa, difficile da comprendere in tutte le sue sfaccettature e implicazioni di sistema.

Anche singole modifiche, come visto e colto immediatamente da Enrico Marzaduri, incidono in profondità su di un modello processuale sempre più lontano dalle scelte originarie del codice del 1988, costringendo alla costruzione di un *puzzle* nella migliore delle ipotesi difficile da comporre.

Il nostro compito è di favorire il cambiamento normativo attraverso letture ispirate ai valori liberali che ci hanno trasmesso i nostri Maestri.

Spetta a tutti noi tentare di sostenere con forza tali valori, come continua a fare Enrico Marzaduri, anche a fronte di novelle che rischiano di portare alla deriva dell’efficienza ad ogni costo e ad una declamazione solo formale dei principi del giusto processo.

⁹⁵ Questa considerazione è ben presente, con riferimento al giudizio immediato, sempre in Cass. S.U. 26.6.2014 n. 42979, cit., 993 ss.