

CONVEGNI

ALFREDO GAITO

**I tortuosi itinerari involutivi del processo penale
dal Codice Rocco alla riforma Cartabia:
una proposta alternativa
(rimpiangendo i poteri del giudice istruttore)***

L'Autore, dopo aver elaborato un excursus storico-evolutivo del nostro sistema penale, si sofferma prima sul contrasto tra l'apparato normativo creatosi in quasi un secolo, anche alla luce della giurisprudenza nostrana ed europea, e l'effettiva tutela processuale dei diritti fondamentali, per poi analizzare la centralità dei riti alternativi ai fini di un corretto funzionamento del processo accusatorio. Analizza poi gli scopi delle ultime riforme in chiave critica per approdare infine ad una proposta alternativa che tenga conto sia della tutela dei diritti fondamentali e della ragionevole durata del processo, ma anche dell'effettività della funzione giurisdizionale.

The tortuous involutory itineraries of the criminal trial from the Rocco Code to the Cartabia reform: an alternative proposal (regreting the powers of the investigating judge)

The Author, after having elaborated a historical-evolutionary excursus of our penal system, first dwells on the contrast between the regulatory apparatus created in almost a century, also in the light of Italian and European jurisprudence, and the effective procedural protection of rights fundamentals, to then analyze the centrality of alternative rites for the correct functioning of the accusatory process. He then analyzes the aims of the latest reforms in a critical key to finally arrive at an alternative proposal that takes into account both the protection of fundamental rights and the reasonable duration of the trial, but also the effectiveness of the judicial function.

SOMMARIO. 1. Come nascono i problemi. 2. Il codice del 1988 alla prova del tempo. 2.1. In particolare: approccio negoziale e carenza di alternative realmente appetibili per l'accusato. 3. Il nuovo sistema. L'idoneità allo scopo della riforma del 2021-2022. 4. Dai controlli di forma al controllo di sostanza. 5. Una proposta alternativa.

1. *Come nascono i problemi.* L'evoluzione del sistema penale degli ultimi novant'anni è stata segnata dalla continua esigenza di adattamento ai principi costituzionali, il che ha determinato interventi, pretori e legislativi, di ritaglio e di modifica dei principali codici di disciplina dell'ordinamento giuridico, tanto sostanziali quanto procedurali.

La complessità del fenomeno ha fatto emergere quanto sia indispensabile un approccio trasversale e che trascende il riparto per settori scientifico disciplinari, prediligendo un metodo che consente di cogliere le linee di fondo del "sistema" ed individuare tendenze utili alla soluzione dei quesiti direttamente afferenti al proprio ambito di lavoro ¹.

*L'apparato bibliografico è stato curato da Gennaro Gaeta, dottore di ricerca nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale. I primi quattro paragrafi riproducono il nostro contributo, *I tortuosi itinerari involutivi del processo penale dal Codice Rocco alla riforma Cartabia*, destinato al volume *Per i no-*

È un dato ormai acquisito che l'avvento di Costituzione, Convenzione europea e Carta di Nizza ha reso manifesta la parziale inadeguatezza della codificazione di inizio Novecento a fronteggiare le sfide di una società dalla complessità crescente, in cui la circolazione della ricchezza non ruota più e solo attorno alla proprietà ma è affidata a complessi strumenti di natura obbligatoria, e dove sono moltiplicate le occasioni di conflitto coi diritti soggettivi.

Sono stati messi in tensione, in tal modo, istituti consolidati e ricostruzioni dottrinali stratificate, prospettando il superamento di principi essenziali dell'ordinamento civile tra cui, segnatamente, la tipicità dei diritti reali e del danno non patrimoniale, la garanzia patrimoniale generica del debitore, i confini della responsabilità contrattuale, l'ingiustizia del danno nel sistema aquiliano, gli effetti della nullità del contratto e, talvolta, il divieto del giudice di sindacare l'equilibrio negoziale voluto dalle parti.

In parallelo, l'attività di creazione del precetto penale ha dovuto fare i conti con un tessuto sociale in cui il capitale viene trasferito con metodi sempre più articolati e distanti dai modelli immaginati dai codici civile e penale della prima metà del secolo scorso.

Ne è derivata l'esigenza di frazionare l'incriminazione delle condotte, prescindendo, molto spesso, dalle forme del reato di evento e tentativo; di anticipare la soglia di rilevanza penale ad atti preparatori che mettono in pericolo il bene protetto, con conseguenti problemi alla luce dei principi di materialità e offensività; di moltiplicare, infine, le pene nei confronti del patrimonio dentro e fuori il codice Rocco, facendo dipendere l'applicazione dello statuto di garanzie processuali e penali dalle funzioni di prevenzione, di sicurezza, sanzionatoria o recuperatoria che svolge, di volta in volta, la confisca.

La rilettura delle disposizioni di legge nell'ottica del diritto costituzionale e sovranazionale ha condizionato, inoltre, il novero delle situazioni soggettive rilevanti per l'ordinamento e fonte di conseguenze risarcitorie e limiti all'esercizio del potere pubblico, determinando importanti sfide interpretative nella rilettura dei presupposti di accesso alla tutela giurisdizionale, al fine di

vant'anni del Codice Rocco, a cura di Paola Coco, in corso di pubblicazione. Il paragrafo tratteggia una inedita ipotesi di tentata giustizia.

¹ Sull'importanza dell'approccio interdisciplinare per la comprensione della recente stagione di riforma del sistema penale, v. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Politica dir.*, 2021, 4, 591 ss.

assicurare il rispetto del principio di effettività in un sistema essenzialmente basato sulla regolamentazione del diritto soggettivo.

Il riferimento va al riconoscimento dell'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale condizionante le scelte della pubblica amministrazione nella cura concreta dell'interesse pubblico, secondo una linea evolutiva inaugurata dalla giurisprudenza civile sul finire degli anni Novanta² e portata ad ulteriore compimento in tempi recenti, dove hanno trovato presidio normativo espresso e spazio fattispecie di minore intensità rispetto all'interesse legittimo, come gli interessi diffusi e quelli amministrativamente protetti; allo stesso tempo, l'ingiustizia del danno, fonte di responsabilità risarcitoria extracontrattuale, è stata ammessa non solo per diritti soggettivi e interessi legittimi, ma ogni volta che sia ravvisabile una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento, all'esito di una lettura sistematica delle previsioni di legge che la disciplinano³.

Con maggiore attenzione al settore penale, occorre muovere dalle ricadute sulla riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. dei formanti sovranazionali, con conseguente ridefinizione del significato di ciascuno dei corollari del principio di legalità, tra cui, in particolare, determinatezza e prevedibilità, nell'ottica di assicurare la calcolabilità del rischio penale.

Sul versante delle fonti abilitate a disciplinare la materia penale, non può essere trascurato il ruolo che gioca il diritto dell'Unione europea rispetto ai c.d. effetti *in bonam partem*⁴ o, d'altra parte, agli obblighi di incriminazione discendenti da alcune direttive, laddove capaci di determinare l'illegittimità costituzionale della disposizione che abroga la legge di recepimento della direttiva, determinando un inadempimento sopravvenuto dell'obbligo⁵.

Si tratta di un processo interpretativo che ha trovato impulso particolare nell'attribuzione alla Corte di Giustizia della competenza sui diritti fonamen-

² Cass., Sez. un. civili, sent. 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 9 2487.

³ Così ancora Cass., Sez. un. civili, n. 500 del 1999, cit.

⁴ È il caso della declaratoria di incompatibilità col diritto dell'Unione delle norme che incriminano la raccolta non autorizzata di scommesse sportive da parte di soggetti autorizzati in un altro Stato membro: Corte Giust. UE, Gr. Sez., 6 marzo 2007, C-338/04 e a., Placanica.

⁵ Il riferimento è a Corte cost., sent. nn. 28 del 2010, in materia di illegittimità della legge interna che ha escluso dalla categoria dei "rifiuti" le ceneri di pirite, in conflitto con una direttiva UE e, in maniera sovrapponibile, n. 32 del 2014, che ha dichiarato incostituzionale l'equiparazione tra droghe leggere e pesanti per violazione dell'art. 76 Cost., specificando che, in assenza della reviviscenza della normativa previgente, si sarebbe assistito ad un vuoto di tutela penale in contrasto con norme comunitarie che comportano obblighi di incriminazione.

tali, grazie all'inclusione della Carta di Nizza nel diritto primario in virtù del Trattato di Lisbona: è soprattutto in tale ambito, infatti, che sono stati attribuiti effetti diretti ai principi del diritto comunitario, tra i quali spicca il principio di proporzionalità dell'art. 49, § 3, CDFUE a cui un recente orientamento ha ricollegato, ad esempio, l'obbligo di disapplicazione delle disposizioni interne che disciplinano il minimo edittale qualora necessario per irrogare una sanzione in concreto proporzionata⁶, con evidenti conseguenze sul principio di legalità.

Di particolare importanza anche le ricadute di questioni interpretative provenienti dagli ordinamenti dell'Unione e della Convenzione europea in materia di determinatezza del precetto e prevedibilità della sanzione, che hanno consentito al diritto nazionale, in alcuni casi, di riaffermare il primato della legalità formale di fronte a concezioni sostanziali e, in altri, di individuare aggiustamenti al ribasso delle innovazioni europee.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, ha tratto spunto dalle vicende della disapplicazione della prescrizione per reati di frode comunitaria per affermare che un'eventuale maggiore precisione della regola "Taricco", di origine pretoria, non avrebbe comunque soddisfatto il canone di determinatezza, il quale esige una puntualità descrittiva già in fase di formulazione del precetto e di tutte le disposizioni di legge che ne determinano l'applicazione concreta, poiché solo in tal modo è possibile assicurare la calcolabilità del rischio penale a partire dallo studio della *lex scripta*⁷.

Ma analoghe conseguenze interpretative sono ravvisabili sul versante della prevedibilità, alla luce del dibattito sull'ampiezza della garanzia da riconoscere all'accusato, cioè se dev'essere legata alla prevedibilità soggettiva della generica illiceità penale della condotta, al di là della sua precisa classificazione⁸, oppure se, al contrario, occorre ritenere che il parametro della prevedibilità è oggettivo e dipende dal tenore letterale della disposizione e dei suoi concreti sviluppi interpretativi nel diritto pretorio⁹.

⁶ Corte. Giust. UE, Gr. Sez., 8 marzo 2022, C-205/20, NE, in *Arch. pen.* (web); in *Sistema pen.*, 26 aprile 2022, col commento di VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, § 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia.*

⁷ Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

⁸ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, in *questa Rivista*.

⁹ Corte E.D.U., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

E ciò per limitarsi alle innovazioni di maggiore rilevanza anche per i temi più strettamente processuali, ma il discorso potrebbe continuare con riferimento alla rilettura delle fattispecie di responsabilità oggettiva in applicazione del principio di colpevolezza, alla funzione rieducativa della pena, alla concezione oggettiva del dolo specifico quando il disvalore si appunta esclusivamente sull'evento voluto.

In prima approssimazione, dunque, la tenuta della codificazione moderna ha dovuto fare i conti con due principali fattori di complicazione.

Da un lato, ad uno rapido sviluppo delle strutture economiche e sociali non si è accompagnata un'attività legislativa in grado di fronteggiare l'evoluzione con revisioni sistematiche profonde della giustizia civile e penale, ricorrendo, più spesso, ad interventi episodici forieri di problemi di coordinamento.

Dall'altro, la crescita qualitativa e quantitativa delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento, dovuta alla stagione dei diritti fondamentali assicurata dalle Carte delle libertà soggettive e dal dialogo tra Corti superiori, ha contribuito a far emergere l'inadeguatezza dei principali rimedi disponibili, incentrati su schemi e presupposti di azione che sono stati presto superati dalla realtà giudiziaria.

Per calare il discorso su tematiche direttamente afferenti alla materia processuale, la prefigurazione dei modelli tipici di azione, con la conseguente selezione delle situazioni suscettibili di protezione nel procedimento, è stata rivisitata nel profondo dalla prassi giurisprudenziale, di fronte all'esigenza di apprestare tutela a situazioni nuove e non contemplate dal codice di rito.

Il riferimento va, in primo luogo, alla flessibilizzazione del giudicato e, per altro verso, della tassatività delle impugnazioni che ha saputo offrire l'incidente di esecuzione, quale strumento talvolta impiegato per offrire tutela atipica ad esigenze di legalità sostanziale, in applicazione del principio di effettività.

Lungo il medesimo crinale si inserisce, per altro verso, l'influenza derivante dagli effetti del ricorso a Strasburgo sulla tassatività delle ipotesi di invalidità e sulla regola per cui l'intervento del giudicato impedisce la possibilità di rilevare *ex post* qualsiasi ipotesi di nullità.

Ciò perché è ben vero che il sistema delle invalidità in generale, e delle nullità in particolare, è retto da un principio di tassatività, per cui non ogni violazione di legge genera un vizio sanzionabile dell'atto, ma è pur vero che quella violazione non presidiata da sanzione codicistica può, nondimeno, condurre alla

condanna da parte della Corte europea, nella misura in cui si abbina alla lesione di un diritto fondamentale nel processo; e ciò potrebbe accadere, a ben guardare, persino quando manca la violazione di una norma del codice.

Similmente, la tipicità degli effetti della nullità risulta profondamente modificata: le conseguenze della declaratoria d'invalidità dell'atto nullo sono fissate dal legislatore, ma è chiaro che se il vizio configura, al contempo, l'oggetto di un ricorso vittorioso a Strasburgo, l'eventuale giudicato di segno contrario sarà travolto da un ordine di riapertura del processo per offrire una tutela in forma specifica all'imputato.

Per tali ragioni, è molto relativo affermare che le invalidità nel codice esauriscono la disciplina dei limiti all'esercizio della funzione, poiché tale conclusione va temperata col rilievo che il limite concreto della potestà giurisdizionale dipende anche dalla protezione dei diritti fondamentali di stampo europeo, quantomeno nelle ipotesi di condanna diretta dell'Italia.

A fronte di ciò, le segnalate linee di sviluppo del sistema penale richiedono di analizzare le attività di codificazione in materia processuale alla luce dell'effettività della tutela.

L'ormai acquisito patrimonio di diritti scaturenti dall'equo processo, in termini di completezza delle indagini, oralità, immediatezza, contraddittorio e diritto al controllo, impongono di vagliare la tenuta del codice – nelle edizioni di cui alle stagioni di riforma del 1988 e del 2021 – e la capacità degli istituti di cui esso si compone per assicurare l'effettiva applicazione dei diritti dell'accusato.

2. Il codice del 1988 alla prova del tempo. L'innesto dell'idea accusatoria in un processo a tradizione inquisitoria ha determinato, nel nostro ordinamento, un percorso accidentato, che è stato inaugurato col codice così detto – e mal detto – Vassalli e che ha dovuto attraversare alterne vicende nella giurisprudenza costituzionale di fine secolo ¹⁰, prima di conoscere una nuova stagione di apertura al nuovo grazie al rango formale riconosciuto, nel sistema delle fonti, al parametro della C.e.d.u. ¹¹.

¹⁰ GAITO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in *questa Rivista*, 2019, 3.

¹¹ Il riferimento è all'117 Cost. e alle ormai note sentenze "gemelle" della Consulta sulla rilevanza della C.e.d.u. quale norma parametro del giudizio di legittimità costituzionale (nn. 248 e 249 del 2007).

Al menzionato codice va, dunque, l'importante merito di aver allineato la funzione giurisdizionale a criteri di piena terzietà di giudizio rispetto alle parti, di innocenza presunta, di costruzione della prova in dibattimento e, ancora, di controlli separati su ciascuna delle attività propulsive del requirente, dall'esercizio dell'azione alla materia cautelare, dalla richiesta di proroga delle indagini all'attivazione di riti speciali di tipo acceleratorio.

Col tempo, tuttavia, quella lungimirante idea di processo accusatorio, in cui il verdetto sulla responsabilità è il frutto esclusivo della contesa probatoria delle parti dinanzi al giudice, ha mostrato i propri limiti non tanto nell'estensione dei principi dell'equo processo che porta con sé, quanto nella sostenibilità del modello complessivo per l'amministrazione della giustizia, a causa di alcune scelte di fondo sulla sequenza di accertamento della fondatezza dell'imputazione, nel rito ordinario.

L'influenza della cultura - e forse della mitologia - anglosassone ha suggerito la riscrittura del processo alla luce dei fondamenti del rito accusatorio, dove le attività investigative dell'inquirente non hanno, di regola, validità dimostrativa per la condanna ed occorre un'effettiva formazione della prova in giudizio, mediante l'intervento di parti contrapposte ma in posizione di effettiva parità.

Nell'importare questi principi, i *conditores* hanno introdotto alcuni elementi di novità rispetto alla matrice di provenienza, certamente compatibili con la sensibilità giuridica del nostro sistema legale ma altrettanto certamente estranei all'impostazione di riferimento nei principali paesi occidentali in cui quel tipo di sequenza viene largamente impiegato.

I tratti caratteristici dell'adattamento si rinvengono in due principali fattori.

In primo luogo, si è voluto generalizzare il modello di controllo ordinario sulla fondatezza della contestazione per qualunque tipologia di imputazione: di fronte al rimprovero di colpevolezza da parte dell'accusa, è stato affermato il diritto al processo ordinario prima della sua possibile conversione in un verdetto giurisdizionale, facendo piena applicazione, cioè, dei principi del *fair trial* nella loro massima estensione, anche in punto di controllo.

La formulazione dell'accusa, pertanto, rappresenta la condizione necessaria e sufficiente per ottenere un controllo di preliminare adeguatezza del materiale investigativo in udienza preliminare, la dimostrazione probatoria in udienza pubblica nel pieno contraddittorio, il controllo di merito con pieni poteri di riforma e, naturalmente, il sindacato di legittimità alla ricerca della violazione di legge.

E ciò, si noti, senza variazioni di rito a seconda della gravità del reato contestato, eventualmente con riferimento ai suoi limiti edittali o alla sussistenza di particolari circostanze aggravanti.

L'assunto non è falsificato dal rilievo per cui, grazie a riti alternativi come il direttissimo, l'immediato o il procedimento per decreto, si verifica una deviazione apprezzabile dalla sequenza ordinaria per reati di minore consistenza o, d'altro canto, correlati da significativi elementi a carico: in tutte le ipotesi acceleratorie in questione, la variazione consiste nell'elisione o nell'accelerazione di quanto precede il dibattimento davanti al giudice del primo grado, al quale si potrà arrivare più o meno velocemente, ma sempre inevitabilmente.

In secondo luogo, stavolta con riferimento ai controlli sulla sentenza, la revisione del codice non ha comportato, com'è noto, una sostanziale modifica dei mezzi d'impugnazione: salvo alcune innovazioni in materia di appello incidentale e di procedimento in camera di consiglio, quando l'atto di appello ha ad oggetto soltanto questioni sul trattamento sanzionatorio, la legge delega del 1987 ha lasciato inalterata l'impostazione di fondo del precedente progetto di riforma, aderente alla logica dei tre gradi di giudizio senza particolari prese di posizione, in un senso o nell'altro, nel dibattito sull'impugnazione come rimedio alla ricerca dell'errore o, in alternativa, quale mezzo di controllo dell'attività del giudice precedente.

Viene tenuto fermo, in tal modo, il principio della generale e indiscriminata appellabilità delle decisioni, pur nella consapevolezza che questa non sia una declinazione necessaria del principio del doppio grado di giudizio di cui all'art. 14, co. 5, PIDCP e che, su altro versante, un assetto di tal genere non predispone strumenti di sorta per fronteggiare «*il ricorso all'impugnazione come espediente meramente dilatorio*»¹².

Ne è derivato un sistema che apre le porte al giusto processo di primo grado e, nel complesso, a tre gradi di giudizio quale opzione generalizzata per fronteggiare ciascuna richiesta di rinvio a giudizio.

In un assetto di tal genere, pure praticabile presupponendo una determinata e condivisibile impostazione assiologica in punto di garanzie, non sono stati introdotti adeguati fattori di contro-bilanciamento per rimediare alla conseguente alta incidenza statistica dei dibattimenti in rito ordinario sul totale delle imputazioni, anche considerando la rilevanza del fattore tempo sulla punibilità e

¹² Così la *Relazione al c.p.p.* in rif. al Libro IX del c.p.p.

i conseguenti vantaggi nell'esercizio del diritto al processo, diversamente da quanto accade nel sistema anglosassone, che conosce una prescrizione di tipo processuale, la quale, talvolta, opera solo fino all'esercizio dell'azione penale. O meglio: i riti semplificati contestualmente introdotti non si sono dimostrati effettivamente in grado di incentivare l'accesso a modalità alternative di definizione della controversia, spesso in considerazione del fatto che, alla rinuncia del diritto all'equo processo, non corrispondono benefici apprezzabili in punto di pena o di trattamento penitenziario.

Del resto, che correttivi di tal genere fossero necessari lo dimostra il confronto con altri sistemi giudiziari di matrice accusatoria.

Nell'ordinamento giudiziario federale degli Stati Uniti, infatti, l'equo processo accusatorio è inserito in un'amministrazione della giustizia sostenibile, la cui efficienza è dettata principalmente dall'ampio ricorso al *plea bargaining* (equivalente ad un accordo di patteggiamento), con la dichiarazione di colpevolezza e l'applicazione della pena che avvengono in un'udienza predibattimentale, in seguito all'accordo tra imputato e *prosecutor*.

Ciò consente di contenere nel minimo la percentuale di dibattimenti effettivamente instaurati a causa della dichiarazione di non colpevolezza, rispetto alla percentuale di incolpazioni promosse dall'accusa.

Al di là delle ragioni che hanno determinato il successo, in quel sistema, del patteggiamento – dovute alla sostanziale assenza di limiti edittali e, in particolare, ai maggiori poteri di autonomia nell'incriminazione e nell'investigazione riconosciuti all'accusatore, non senza significative preoccupazioni della dottrina sugli effetti collaterali di tale assetto¹³ – è importante rilevare che, nei sistemi di origine, l'idea accusatoria si accompagna necessariamente ad uno o più meccanismi che fanno apparire appetibile l'accesso ad un percorso alternativo di definizione della contestazione, così rendendo il modello concretamente praticabile su larga scala.

Ciò suggerisce una prima conclusione di fondo: è ben possibile generalizzare il modello accusatorio per tutte le imputazioni, quale tratto caratterizzante il modo ordinario di accertare il fatto di reato.

¹³ FINKELSTEIN, M.O. - LEVIN, B. (2020), *Why plea bargains are a bad deal for some. Significance*, 17: 20-25, <https://doi.org/10.1111/j.1740-9713.2020.01354.x>; RAKOFF, J.S. 2014, *Why innocent people plead guilty. The New York Review*, November 20, 2014; ID., *Why the Innocent plead Guilty and the Guilty go free and other paradoxes of our broken legal system*, Macmillan, 2021.

Sul versante opposto, tuttavia, occorre elaborare congegni capaci di rendere appetibile l'accesso a vie alternative o che, in alternativa, precludano l'instaurazione della sequenza ordinaria nei casi di criminalità dal minore allarme sociale.

Perciò, delle due l'una. O i riti semplificati sono disciplinati in un modo concretamente vantaggioso per l'accusato, nella consapevolezza che, in caso di condanna nel rito ordinario, il trattamento sanzionatorio non sarebbe paragonabile al risultato negoziale ottenuto al di fuori del processo, oppure, in diversa prospettiva, si rende necessario introdurre un filtro in entrata per i dibattimenti di stampo accusatorio, magari agganciato ai limiti edittali di determinate fattispecie o a categorie di reati selezionati sulla base del bene giuridico tutelato.

2.1 In particolare: approccio negoziale e carenza di alternative realmente appetibili per l'accusato. Alla luce di ciò, il sistema processuale partorito dalla riforma degli anni Ottanta ha dimostrato alcuni limiti.

In un ordinamento come il nostro, dove il decorso del tempo può determinare l'estinzione del reato o l'improcedibilità dell'azione, fino a che non si sia formato il giudicato, la prospettiva di un rito ordinario in tre gradi di giudizio, in cui non vi sono limiti apprezzabili né all'accesso al dibattimento di primo grado, né al controllo di merito, per via della carenza di rimedi contro le impugnazioni pretestuose, i riti alternativi assumono un'importanza centrale per il corretto funzionamento del processo accusatorio.

Dove manca una preclusione imperativa al contraddittorio sulla prova a carico, poiché l'attivazione di procedure alternative che non prevedono l'istruttoria in oralità, immediatezza e contraddittorio è rimessa principalmente alla volontà dell'accusato, diventa determinante rendere concretamente appetibile la scelta negoziale prospettata.

Questo, tuttavia, non è quanto accade nell'assetto vigente, come emerge da una rapida analisi del funzionamento dei riti alternativi.

Muovendo dal patteggiamento, si osserva che questo rito, sin nella sua configurazione originaria, conosce precisi limiti edittali ed assicura una riduzione di pena contenuta, fino ad un terzo della sanzione che sarebbe ordinariamente applicabile, in misura non molto diversa, cioè, da quanto è possibile ottenere, nel rito ordinario, in caso di riconoscimento delle attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p., che una nutrita giurisprudenza di merito applica an-

che a fronte della buona condotta processuale tenuta nel giudizio. Di qui l'esigenza, presto avvertita, di introdurre il c.d. patteggiamento allargato, che ha innalzato il limite di pena senza riformare, però, le caratteristiche dell'istituto, non riuscendo nell'intento di assicurare all'istituto un largo successo nella realtà giudiziaria.

Anzi, talvolta il legislatore ha introdotto elementi di ulteriore irrazionalità nella gestione della pena patteggiata, nell'intento di ottenere un alleggerimento del carico di lavoro delle corti di appello.

Col concordato sui motivi d'appello - nient'altro che una forma di patteggiamento di secondo grado - è lo stesso appellante a creare i presupposti per un'ulteriore riduzione della pena ottenuta in primo grado, in ordinario o nel giudizio abbreviato. Una volta instaurato il controllo di merito, infatti, l'art. 599-*bis* c.p.p. consente di convenire col Procuratore Generale la qualificazione del reato e l'applicazione della pena da sottoporre al giudice, con contestuale rinuncia agli altri eventuali motivi d'appello.

Il legislatore è riuscito, in tal modo, a perseguire, sia pure involontariamente, due obiettivi: quello di rendere ancor meno appetibile la disciplina del patteggiamento tradizionale e di quello allargato, considerata la possibilità di recupero in impugnazione di uno sconto concordato con l'accusa; in secondo luogo, quello di rendere strategicamente utile la formulazione dell'atto d'appello, quantomeno al fine di gettare le premesse per ricorrere all'istituto in questione.

Ma un discorso analogo può essere sviluppato per il rito abbreviato, il cui maggior successo statistico, rispetto al patteggiamento, non ha comunque consentito di risolvere il problema del sovraccarico di giudizi ordinari.

La ragione di ciò risiede nel fatto che l'abbreviato, pur rappresentando la rinuncia al diritto alla prova con accettazione di un giudizio allo stato degli atti, in vista di uno sconto di pena, non interagisce con la disciplina delle impugnazioni di merito e di legittimità.

In quella sequenza, infatti, il condannato può comunque "rientrare" nella sequenza ordinaria di appello e cassazione, fruendo di un'ulteriore *chance* di riforma del verdetto di colpevolezza pur a fronte della rinuncia effettuata, dal momento che, in caso di mancata assoluzione, egli potrebbe comunque ottenere una diminuzione aggiuntiva del trattamento sanzionatorio da parte del giudice d'appello.

Ma la distorsione prospettica si può avere anche in caso di appello del p.m. contro l'assoluzione disposta dal g.u.p.: nulla vieta l'integrazione postuma del fascicolo - vuolsi allo stato degli atti - mediante la richiesta di rinnovazione finalizzata all'assunzione di una prova dichiarativa a carico, anche se estranea all'investigazione su cui l'imputato ha chiesto di procedersi mediante abbreviato¹⁴.

La conseguenza è che il giudizio abbreviato, pur avendo avuto maggiore diffusione, non ha contribuito in maniera determinante a rendere sostenibile il giudizio accusatorio del rito ordinario, quantomeno con riferimento al segmento dei controlli.

Sul versante dei riti acceleratori, anche alla luce delle riforme episodiche che hanno interessato la vita del codice Vassalli, possono essere sviluppate conclusioni analoghe.

In prospettiva generale, si osserva che l'immediato e il direttissimo sono sequenze elaborate per abbreviare lo svolgimento di uno o più segmenti del procedimento, elidendo le fasi di controllo predibattimentale al fine di determinare il passaggio diretto alla cognizione del fatto.

In ciò, tuttavia, si annida il principale limite dei moduli in discussione, dal momento che la velocizzazione progettata riguarda pur sempre fasi diverse dall'accertamento di primo grado o dai controlli sulla sentenza, i quali non risentono di sostanziali deviazioni rispetto al rito ordinario, ad eccezione di alcune varianti sull'attività di formazione del fascicolo.

Al di là dei giudizi di valore sulla condivisibilità o meno della scelta di eliminare le verifiche sull'imputazione in danno dell'imputato, preme rilevare che le fattispecie acceleratorie non coinvolgono in nessun caso l'accertamento del fatto o l'estensione dei controlli e, in tal modo, finiscono per riproporre gli stessi problemi di sostenibilità dell'equo processo generalizzato già segnalati.

Un discorso parzialmente diverso merita il procedimento per decreto, la cui mancata opposizione, in vista di un contenuto sconto di pena, disattiva l'intera sequenza processuale.

Questo strumento, invero, avrebbe potuto rappresentare la chiave di volta del sistema, in quanto profila l'importante vantaggio di evitare la cognizione e il duplice meccanismo di controllo.

¹⁴ Cass., Sez. I, 4 dicembre 2017, Lechiara e a., n.m. sul punto; Cass., Sez. I, 26 aprile 2010, Sestito, Rv., n. 248011; Id., Sez. IV, 14 novembre 2007, Pozzi, *ivi*, n. 238965; Id., Sez. V, 9 maggio 2006, Biondo, *ivi*, n. 234157.

In tal caso, l'errore di prospettiva è stato limitare la portata di questo istituto ai casi in cui sia applicabile solo una pena pecuniaria, in via principale o sostitutiva della pena detentiva: ipotesi marginali e anche infrequenti nell'architettura del codice penale, largamente improntato al ricorso alla sanzione della detenzione pure per ipotesi di minore allarme sociale, secondo una prospettiva già presente nel codice Zanardelli e accentuata nella codificazione degli anni Trenta, che mette al centro la privazione della libertà quale forma più efficace di prevenzione speciale.

Tirando le fila del discorso, l'ineffettività dei riti alternativi nell'ottica di deflazione del contenzioso ha contribuito, indirettamente e sin dall'origine, all'aumento delle fattispecie destinate alla cognizione nel rito ordinario e al doppio controllo sulla prova a carico, secondo una sequenza che continua ad essere maggiormente vantaggiosa quantomeno per la possibilità di maturare la prescrizione del reato, a fronte di benefici, nei riti alternativi, ancora contenuti.

Non a caso la sospensione del procedimento con messa alla prova, pur non risolutiva del problema, ha comunque avuto particolare successo nella prassi, poiché impedisce l'adozione di un verdetto di condanna e consente l'estinzione del reato anche con riferimento a fattispecie punite con pena detentiva (artt. 168-*bis*, co. 1 e 168-*ter* c.p.).

In un modello processuale che valorizza le scelte delle parti e che, dunque, attribuisce alla strategia – di accusa o di difesa – un'efficacia condizionante l'accertamento, confinando in ipotesi eccezionali i poteri suppletivi di intervento correttivo del giudice, è determinante adottare un approccio che tenga conto delle opzioni sul campo per l'accusato al fine di una corretta gestione dell'attività di cognizione, a tutto vantaggio dei casi in cui, invece, occorre assicurare un'istruttoria completa e controlli effettivi per l'equità del verdetto¹⁵.

3. Il nuovo sistema. L'idoneità allo scopo della riforma del 2021-2022. Gli effetti distorsivi sull'amministrazione della giustizia determinati anche dalle scelte di fondo dei codificatori hanno reso di stringente attualità il problema dell'efficienza, declinata come capacità del processo di arrivare a sentenza in un tempo ragionevole, prima della prescrizione del reato.

¹⁵ Sul tema v. l'analisi di GIUNCHEDI, *Strategia ed etica comportamentale delle parti nel processo penale riformato*, in *questa Rivista*, 2023, 1.

L'emergenza viene fronteggiata con una riforma organica del codice di rito, a cui si affianca l'istituzione dell'ufficio del processo e, a breve, la legislazione in attuazione della delega di cui alla l. 17 giugno 2022, n. 71, per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario.

Se si guarda ai problemi di funzionamento che derivano dal rapporto tra accertamento in condizioni di piena equità e sequenze alternative in funzione deflattiva del contenzioso, i miglioramenti concreti che la riforma è in grado di procurare per l'efficienza sono contenuti nel minimo, a fronte di innovazioni che, invece, potrebbero essere fonte di danno ulteriore per il sistema¹⁶. Muovendo dagli aspetti positivi, è senza dubbio apprezzabile l'inserimento di regole sulla forma degli atti, sulle notificazioni e comunicazioni, sulla tenuta del fascicolo e sulle videoregistrazioni delle prove dichiarative che si inseriscono nella formula riassuntiva del processo penale telematico.

Il fenomeno si allinea, in tal modo, all'esperienza di digitalizzazione che ha già coinvolto il processo civile, il che è apprezzabile pur nella consapevolezza che sarà necessario assicurare adeguate dotazioni agli uffici giudicanti e requisiti affinché l'adozione dello strumento informatico non si risolva in danno dei diritti della difesa¹⁷.

Nella stessa direzione, va salutata con favore l'introduzione del rimedio di cui all'art. 628-*bis* c.p.p. per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli di decisioni lesive dei diritti della Convenzione europea a seguito di ricorso vittorioso a Strasburgo, che colma un vuoto di tutela fronteggiato, in prima battuta, dalla giurisprudenza costituzionale¹⁸.

A fronte di ciò, si aprono nuovi scenari di possibile criticità in virtù della formulazione della disposizione, che subordina l'adeguamento alla condizione che la violazione europea, per natura e gravità, abbia avuto incidenza effettiva sulla sentenza di condanna, così introducendo un filtro che potrebbe suscitare ulteriori frizioni con l'ordinamento convenzionale.

Quanto agli elementi critici, l'approccio totalizzante in nome dell'efficienza ha suggerito di limare quelle componenti dell'equo processo che stabiliscono

¹⁶ Per l'analisi dei fondamenti della riforma v., in chiave critica, GAITO, LANDI, *"L'altare e le (forse inevitabili) vittime"*. Osservazioni sul processo penale à la Cartabia, in *questa Rivista*, 2022, 3; VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, *ivi*.

¹⁷ Sul punto v. TRAPELLA, *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 3.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 113 del 2011. Sul tema v., da ultimo, ESPOSITO G., *Verso un celere riconoscimento del dictum della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 3.

moduli procedurali fonte di lentezza, a fronte di procedure cartolari e a porte chiuse che consentono di definire in maniera più agile l'affare.

Per l'effetto, le impugnazioni di merito e di legittimità si trasformano in un rito che, quale opzione base, prevede un contraddittorio soltanto scritto, in cui la discussione orale richiede apposita domanda di parte da presentare entro un termine decadenziale.

In tal modo, oralità e contraddittorio vengono compressi per assicurare una maggiore speditezza, secondo una metodologia che predilige un intervento a tutto campo, anche al cuore della cognizione del fatto e delle verifiche sul verdetto di responsabilità, invece di individuare spazi in cui metter mano per velocizzare il meccanismo e altri in cui, viceversa, è opportuno non comprimere le garanzie fondamentali per l'accertamento e il controllo dell'equo processo.

Lungo questo crinale, l'istituto di maggior criticità attiene alla nuova causa di improcedibilità dell'azione penale di cui all'art. 344-*bis* c.p.p., collegata al superamento della durata massima stabilita per la celebrazione dei giudizi di appello e di cassazione nel segno della ragionevole durata del processo impugnatorio, elaborata anche a fronte della previsione di cui all'art. 161-*bis* c.p., che stabilisce la cessazione definitiva del corso della prescrizione con la pronuncia della sentenza di primo grado¹⁹.

Se è condivisibile la preoccupazione per cui l'eccesso di durata dei controlli non resti privo di conseguenze, non è altrettanto condivisibile che la sanzione adeguata sia da rinvenire nell'improcedibilità dell'azione, che travolge la sentenza e l'attività di cognizione del giudice, precludendo a monte la possibilità stessa di celebrare un giusto processo.

Fra le varie soluzioni possibili, sembra da respingere quella che assolutizza il valore di uno dei componenti del processo equo, col totale sacrificio degli altri.

Così, esemplificando, sarebbe illogico valorizzare all'estremo la pubblicità dell'udienza, anche nei casi in cui ciò vada a detrimento di altri principi

¹⁹ Sul rapporto tra prescrizione e improcedibilità v. CANZIO, *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sistema pen.*, 14 febbraio 2022, per cui l'istituto in parola assicura che la violazione dei termini di durata del giudizio in impugnazione non resti priva di sanzione, altrimenti determinando, in uno con la riforma "Bonafede" della prescrizione, l'irrazionalità del sistema nel suo complesso. In prospettiva generale, anche con riferimento ai problemi cronici dell'appello penale, v. DELLA TORRE, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 2.

egualmente tutelati dalla regola di cui all'art. 6 C.e.d.u., come la protezione della vittima o dello stesso accusato; in senso analogo, risulterebbe apodittico potenziare al massimo il contraddittorio non limitando il numero di repliche possibili in sede di discussione o, d'altra parte, privando il giudice del potere di non ammettere le domande reiterate al teste in sede di esame, anche con pregiudizio della ragionevole durata.

Ancora, sarebbe pregiudizievole per l'attività istruttoria immaginare un diritto alla prova dal valore assoluto, mediante l'abolizione del potere di escludere le prove manifestamente superflue o irrilevanti.

Il concetto di fondo è che la tutela in termini assoluti di uno dei principi in gioco, a scapito di tutti gli altri, anche quando dotati di rilevanza costituzionale o convenzionale, è contraria alla logica del bilanciamento tra valori, secondo un rilevante insegnamento della giurisprudenza costituzionale²⁰ ed anche europea²¹.

Con riferimento al giusto processo in impugnazione, allora, sembra chiaro che una tutela estrema della ragionevole durata, per cui, in caso di violazione, il processo resta travolto nella sua interezza, assolutizza il principio e nega il bilanciamento, andando a scapito della possibilità stessa di celebrare un processo equo.

A rigore, non si tratta di una soluzione che promuove l'efficienza del processo, bensì di un istituto che, più semplicemente, ne impedisce la celebrazione fino al giudicato, eliminando, così, il soggetto di cui si possa predicare l'efficienza o l'inefficienza.

Sotto altra prospettiva, resta difficile da comprendere quanto l'efficienza possa essere assicurata mediante l'introduzione di nuovi moduli procedurali, che rischiano di tradursi, all'atto pratico, in ulteriori lungaggini burocratiche, al di là di quanto ipotizzato in sede di progettazione: il riferimento va all'udienza

²⁰ V. Corte cost., sent. n. 58 del 2018, per cui «il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati»; Id., sent. nn. 63 del 2916 e 264 del 2012. In dottrina v. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 1 ss.; RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999.

²¹ V. Corte E.D.U., 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (n. 2), in *Arch. pen. (web)*, 2020, 3, a proposito dei fattori di contro-bilanciamento in caso di lesione di uno dei componenti dell'equo processo, i quali, se predisposti nel corso del giudizio in cui si è verificata la violazione, ne assicurano comunque l'equità complessiva.

predibattimentale di nuovo conio e, per altri versi, alle interazioni del procedimento con la giustizia riparativa²², anche considerando il modesto vincolo che l'esito del programma gioca sulla decisione del giudice (artt. 57-58, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150).

La vera occasione mancata, tuttavia, è rappresentata, ancora una volta, dalla disciplina dei riti semplificati.

Invece che intraprendere un'opera di sfoltimento e di rafforzamento della premialità, si opta per cambiamenti minimali che rischiano di non cogliere nel segno.

A schema.

Per l'abbreviato è previsto un ulteriore sconto di pena di un sesto in caso di mancata impugnazione della condanna di prime cure, il che duplica l'effetto di riduzione del trattamento sanzionatorio – già ottenuto all'esito dell'udienza preliminare grazie alla decisione di accesso al rito – senza affrontare, al contempo, il tema generale dei controlli sulla sentenza resa nel giudizio abbreviato.

Peraltro, considerando i termini ridotti entro cui ciascuna fase di controllo deve essere definita a pena di improcedibilità, resta da verificare se sia effettivamente vantaggioso, dal punto di vista strategico, optare per uno sconto di circa il 16% rinunciando, tuttavia, alla possibilità che l'azione divenga improcedibile in appello o in cassazione, travolgendo la condanna.

Quanto al patteggiamento, l'ampliamento dei vantaggi per l'imputato coinvolge la possibilità di concordare la non applicazione delle pene accessorie – salvo che si proceda per i reati contro la pubblica amministrazione secondo il disposto dell'art. 444, co. 3-*bis*, c.p.p. – o della confisca facoltativa, oppure di disporre l'applicazione con riferimento a beni o somme determinate; in secondo luogo, si prevede un'ulteriore riduzione degli effetti extrapenali della sentenza di applicazione della pena, che «*non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile*» (art. 445, co. 1-*bis*, c.p.p.).

Sul procedimento per decreto, è stabilito che il termine per la richiesta del decreto penale passa da sei mesi ad un anno e che, inoltre, la pena viene ulte-

²² Su cui v. PULITO, *Giustizia riparativa e processo minorile nelle prospettive della c.d. "Riforma Cartabia"*, in *Arch. pen.* (web), 2022, 1.

riormente ridotta di un quinto se il condannato, nei quindici giorni per presentare l'opposizione, vi rinunci e paghi la pena ridotta.

In entrambi i casi, vengono in discorso ampliamenti modesti, che non sembrano in grado di determinare un'inversione di rotta dell'incidenza statistica dei menzionati riti alternativi, posto che la riduzione della pena per il patteggiamento resta contenuta, anche con riferimento ai limiti edittali di operatività e che, quanto al decreto penale, continua ad essere escluso per i reati puniti con pena detentiva.

4. *Dai controlli di forma al controllo di sostanza.* L'indagine sulla concreta capacità risolutiva delle innovazioni legislative suggerisce che la soluzione ai problemi segnalati deve essere riscontrata in una revisione profonda dei meccanismi di funzionamento della procedura.

Posto che il giusto processo di cui agli artt. 111 Cost. e 6 C.e.d.u. rappresenta la premessa di ogni accertamento sulla responsabilità soggettiva che pretenda di essere conforme ai lineamenti minimi della giustizia penale, ciò che conta è che l'intervento giurisdizionale, nella sostanza e al di là dei formalismi di sorta, assicuri il rispetto dei canoni fondamentali da cui discende l'equità del verdetto.

Sul punto, il codice del 1988 prima, e la riforma del 2021-2022 poi, hanno inteso realizzare il giusto processo accusatorio introducendo una serie di meccanismi di controllo lungo la sequenza del procedimento, effettuati da giudici differenti e nel rispetto del principio di separazione dei fascicoli²³.

In tal modo, ad ogni attività di impulso della procedura corrisponde, in linea di massima, un giudicante differente, che non è entrato a contatto con i fatti di causa e il cui compito è quello di effettuare la tipologia di controllo o di accertamento soltanto sulla base degli atti deputati a quella decisione.

Ciò accade per gli interventi del giudice in fase di indagine, con sequenze incidentali volte a verificare la sussistenza dei presupposti della domanda del p.m. in tema di libertà, anticipazione dell'attività probatoria, attivazione di riti acceleratori o proroga della durata dell'indagine. Qualcosa di analogo si veri-

²³ Sulle innovazioni della riforma "Cartabia" che si muovono in questa direzione, si segnala, in particolare, l'introduzione dell'udienza predibattimentale: v. DANIELE, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sistema pen.*, 16 gennaio 2023; GIUNCHEDI, *Appunti critici sull'udienza predibattimentale*, in *Foro e Giurisprudenza*, 20 settembre 2022; TRABACE, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *questa Rivista*, 2022, 2; TRIGGIANI, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1.

fica in sede di udienza preliminare, dove, in linea generale, il giudice svolge un giudizio prognostico – quale che ne sia il criterio – sulla base del materiale di indagine e senza possibilità, nell'ipotesi base, di procedere ad attività istruttorie, perché ciò comprometterebbe un'anticipazione di giudizio rispetto alla cognizione di merito propria del primo grado.

Per analoghe ragioni, si spiega la previsione per cui il decreto che dispone il giudizio dev'essere privo di motivazione, assicurando che l'instaurazione del successivo controllo sui fatti di causa, stavolta al fine di accertare nel merito la colpevolezza, non sia condizionato dalle precedenti valutazioni.

Su questo tema, può essere ravvisata una linea di continuità con la riforma Cartabia, che affianca alle innovazioni efficientiste alcune norme di controllo delle iniziative del p.m.

Così, è prevista la possibilità di domandare al giudice un controllo sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato (art. 335-*quater* c.p.p.) o sulla legittimità della perquisizione (artt. 252-*bis* e 352, co. 4-*bis*, c.p.p.), per offrire un rimedio immediato a situazioni di illegittimità che coinvolgono statuizioni unilaterali del pubblico ministero, capaci di produrre effetti sul termine massimo di durata dell'investigazione o sull'inviolabilità dei luoghi sottoposti a sequestro.

In entrambi i casi, tuttavia, il procedimento è strutturato in maniera non molto diversa da quello relativo alla proroga dell'indagine, poiché poggia su di un fascicolo formato essenzialmente sulla produzione della parte che attiva la sequenza e che non prevede, di norma, poteri istruttori d'ufficio in capo al giudicante. Sembrano destinati a ripresentarsi, allora, quei problemi tipici di una *giurisdizione senza fascicolo* (CORDERO) già sperimentati dal sistema.

Risponde alla stessa logica, ancora, il rinvio pregiudiziale in Cassazione della questione sulla competenza per territorio (art. 24-*bis* c.p.p.), in cui il giudice *a quo* rimette alla Corte regolatrice gli atti necessari alla risoluzione della questione, secondo una tecnica normativa che, ancora, tende ad aumentare i controlli giurisdizionali a favore dell'accusato, senza attribuire, però, poteri di accertamento pieno al relativo giudicante per l'esercizio dell'attività di controllo

²⁴.

²⁴ Anche se, in questa ipotesi, dovrebbe venire in soccorso l'assunto giurisprudenziale per cui, sulla violazione della legge processuale, la Corte di cassazione è giudice del fatto e dispone dei più ampi poteri istruttori per la soluzione del quesito. A meno di non voler ritenere che, con riferimento a questo tipo di questione processuale, il legislatore non abbia voluto escludere il generale potere di investigare il fatto

In ciascuna delle ipotesi passate in rassegna, l'intervento è limitato ad un controllo di fondatezza sulla base di un fascicolo incompleto o, comunque, parziale: la garanzia è data dalla previsione dell'intervento giurisdizionale in quanto tale, mediante forme di attivazione della funzione che assicurano, esse stesse, l'equità del metodo, pure in assenza di strumenti e poteri conoscitivi che consentano una cognizione approfondita dei fatti, dato che ciò altererebbe la regola della separazione tra fasi.

Si intende dire, cioè, che l'accusatorio all'italiana è caratterizzato, ieri come oggi, da una nutrita serie di controlli giurisdizionali sulle principali attività d'iniziativa della parte pubblica, alle quali non si abbina, tuttavia, l'introduzione di facoltà istruttorie autonome che sganciano la decisione dai presupposti documentali forniti dal richiedente o, comunque, dalle parti, perché ciò tradirebbe l'ideologia del modello, che rifiuta, in linea tendenziale, poteri ispettivi autonomi nelle mani del giudice.

In diversa prospettiva, sembra allora auspicabile ridurre la pluralità di controlli, fonte di formalismi e di inefficienza, per attribuire al giudicante poteri sostanziali di verifica a tutela dei diritti dell'accusato, anche a costo di sacrificare limitatamente - ma solo apparentemente - le garanzie di separazione proprie del modello di riferimento.

Piuttosto che ridurre l'applicazione dell'equo processo alla predisposizione di un incidente formale, dove la cognizione è cartolare e si basa sugli atti prodotti dall'istante - pur di evitare incursioni che farebbero saltare la separazione tra fasi - sembra preferibile conferire facoltà istruttorie al giudice investito del controllo, per consentire una tutela tempestiva ed effettiva a fronte di violazioni fonte di iniquità.

Così, a schema, è auspicabile una riforma che consenta al giudice della pro-rogà delle indagini, della tempestività dell'iscrizione o della richiesta di rinvio a giudizio, di svolgere accertamenti in fatto per tutelare la legalità dell'azione nella sostanza e prevenire, rispettivamente, prolungamenti investigativi o rinvii a giudizio che, pur apparentemente fondati allo stato degli atti, si riveleranno illegittimi *ex post*, dopo l'approfondimento di merito dei fatti di causa.

Su altro versante, il sistema potrebbe essere meglio bilanciato introducendo soluzioni al sovraccarico di impugnazioni - specie di merito - che rendano

di cui è dotata la Corte di legittimità in tema di *error in procedendo*, dovendo qui basarsi solo sugli atti selezionati dal giudice rimettente: il che, però, sembra lesivo del principio di effettività della tutela, oltre che contrario alla *ratio* dell'istituto di nuovo conio.

coerente il rapporto coi riti speciali e, al tempo stesso, non sacrificino l'effettività del controllo.

Con riferimento al rito abbreviato, ad esempio, sarebbe necessario escludere l'appellabilità della sentenza di condanna più che introdurre ulteriori sconti di pena, magari valorizzando la libera scelta dell'accusato di rinunciare al diritto di difendersi provando in istruttoria, senza pregiudizio, invece, per la facoltà di ricorrere in cassazione, ad evitare che la violazione di legge – con particolare riferimento all'*error in iudicando* o all'utilizzo di atti d'indagine illegittimi ai fini della decisione del g.u.p. – possa consolidarsi col passaggio in giudicato.

Sulle impugnazioni, inoltre, potrebbe essere rafforzato il filtro di ammissibilità dell'appello – in maniera diversa da quanto hanno tentato e tentano di fare la riforma Orlando prima e la riforma Cartabia poi – consentendo al giudice presso cui viene depositato l'atto d'impugnazione di scrutarne l'ammissibilità, con riferimento alla relazione effettiva tra critiche affidate ai motivi d'appello e ragioni della decisione sfavorevole. Similmente, potrebbe essere esclusa l'appellabilità della sentenza in relazione a categorie di reati puniti con pena detentiva particolarmente contenuta, anche considerando che già al tempo della codificazione di fine Novecento il diritto al doppio controllo, secondo alcuni, poteva essere adeguatamente soddisfatto mediante la previsione di un giudizio di merito a cui segue direttamente il sindacato di legittimità²⁵.

Mediante questi accorgimenti, frutto di un approccio necessariamente sinergico tra rito ordinario e procedure alternative scelte su base negoziale o comunque volontaria, potrebbe essere assicurata quell'efficienza che, nei tempi recenti, rappresenta il motivo principale dell'intervento legislativo in materia processuale penale, senza sacrificare, al contempo, le garanzie di oralità, immediatezza e contraddittorio che dovrebbero essere ripristinate, invece, nella loro forma più estesa, nel segno dell'equità dell'accertamento del fatto di reato²⁶.

5. *Una proposta alternativa.*

A dover cambiare, come si è anticipato, non è soltanto il dosaggio delle garanzie nel rapporto tra tutela dei diritti e ragionevole durata.

²⁵ Ne dà atto la *Relazione al c.p.p.* del 1988.

²⁶ Sul tema v., in prospettiva generale, GAITO, *Sliding doors: giudizio cartolare o giusto processo anche in Cassazione?*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 3.

L'esperienza giudiziaria degli ultimi trent'anni e i numerosi conflitti del sistema interno con i moniti delle Corti europee, attente alla sostanza dei diritti soggettivi dell'accusato, hanno fatto emergere un difetto strutturale del sistema.

La legge processuale che emerge dalla codificazione di fine Novecento, antesignana, per molti versi, delle acquisizioni sul processo come garanzia che sono proprie della fase più recente, è basata sull'idea che la miglior forma di garanzia dei diritti sia assicurata dalla frammentazione della funzione giudicante lungo la sequenza, con l'intervento di molti giudici chiamati a svolgere, ciascuno per la propria parte, una frazione dell'accertamento o del controllo in una catena di interventi progressivi alla ricerca dell'errore.

Ogni determinazione del p.m. sul fatto di reato dev'essere certificata da un giudicante differente, con una statuizione su cui è possibile attivare un'apposita filiera di controlli.

Così, ad esempio, tanto l'esercizio dell'azione penale quanto l'inazione impongono l'autorizzazione giudiziaria: nel primo caso il processo è attivato dalla decisione del g.u.p. e su questa determinazione è possibile una iniziale forma di verifica già prima dell'instaurazione del dibattimento, suscettibile di sfociare nel proscioglimento predibattimentale; nel secondo, il contrasto col g.i.p. sulla sussistenza dei presupposti dell'archiviazione richiede di informare la persona offesa che ne aveva fatto richiesta in vista del contraddittorio, per sfociare in un provvedimento suscettibile di reclamo al tribunale in composizione monocratica, nei casi dell'art. 410-*bis* c.p.p.

Specularmente, anche in caso di riapertura delle indagini o di riedizione dell'udienza preliminare, una volta revocata la sentenza di non luogo a procedere, occorre instaurare una fase incidentale dinanzi al giudice e, in caso di dissenso con la sua determinazione, il requirente è ammesso al controllo di legittimità, coi limiti dell'art. 437 c.p.p.

In senso analogo, la decisione di arresto attiva una catena di verifiche separate tra loro e condotte da soggetti differenti, che va dal p.m. al g.i.p. fino alla Corte regolatrice in sede d'impugnazione dell'ordinanza di convalida, mentre l'applicazione della misura cautelare richiede *in primis* una revisione da parte dello stesso giudicante che l'ha disposta mediante l'interrogatorio di garanzia, prima degli accertamenti del tribunale del riesame o della Corte di legittimità.

Testimonianza ancor più stringente di questa logica si ravvisa negli istituti della revisione e della ricusazione, dove la decisione preliminare

sull'ammissibilità del mezzo è assunta con un'ordinanza autonomamente ricorribile per cassazione, a cui segue il verdetto di merito che potrà essere separatamente avversata in sede di impugnazione.

Un approccio di tal genere potrebbe sembrare appagante, perché assicura che ogni determinazione potrà essere contrastata davanti ad un giudice superiore, provvisto di adeguati poteri di riforma in caso di dissenso con la statuizione impugnata.

In effetti, in tutte le ipotesi segnalate, il dibattito dottrinale non si concentra tanto sulla consistenza dei poteri di riforma, spesso disciplinati anche a prescindere dal principio dispositivo e dai motivi a sostegno della domanda introduttiva – si pensi al riesame – bensì sulla capacità del mezzo di accertare il fatto processuale necessario allo scopo.

Emblematica, da questo punto di vista, la letteratura sull'istituto della proroga delle indagini, dove le opinioni critiche si concentrano proprio sull'impossibilità del giudice, per ragioni strutturali, di svolgere un accertamento completo per decidere sul prolungamento delle indagini, dovendosi invece basare sulla sola prospettazione del richiedente; alla difesa, in parallelo, non resta che contraddire il p.m. “al buio”, sulla base degli elementi allegati all'istanza di proroga e senza poter conoscere l'insieme dei dati investigativi che sorreggono la domanda²⁷.

A queste condizioni il sindacato si riduce ad un accertamento di completezza narrativa dell'istanza del p.m., mancando l'obbligo di depositare il capitolato investigativo o altra forma equivalente di documentazione della domanda, che possa quantomeno consentire un confronto tra il narrato della parte motiva e lo *status* dell'investigazione, per sondare la concretezza dell'esigenza di proroga.

E un discorso analogo si potrebbe sviluppare per l'incidente probatorio chiesto dal requirente, dove il contraddittorio nell'assunzione della prova dichiarativa si svolge sulla base dei soli documenti d'indagine prodotti a sostegno della richiesta, il che condiziona l'ampiezza dell'accertamento del g.i.p. già a partire dalla valutazione di ammissibilità dell'incidente.

²⁷ V. la ricostruzione di VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 2. Sulle novità legislative relative alla fase delle indagini preliminari, v. anche DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, 3.

Insomma, tanti giudici e tanti accertamenti “minori” su ciascuna frazione dell'imputazione e sulle sue varie appendici, a cui, tuttavia, non si accompagnano poteri di accertamento pieno alla luce del principio di effettività della tutela, in luogo di un controllo formale, di regolarità documentale degli atti prodotti dalla parte.

Se questo è lo stato dell'arte, occorre superare il sistema attuale per restituire alla funzione giudicante il potere di conoscere e di decidere con pienezza ed effettività, sviluppando la logica del processo bifasico che, già nel primo periodo di vigenza del codice accusatorio, ha conosciuto aggiustamenti al ribasso, essendo cresciute nel numero le ipotesi di contaminazione tra la fase investigativa e il processo di merito nonché le occasioni di recupero del materiale predibattimentale al fine di evitare la dispersione della prova, spesso andando oltre le effettive necessità di conservazione²⁸.

In questa prospettiva, è necessario portare a compimento un percorso legislativo risalente, inaugurato sganciando il p.m. dalle determinazioni del ministro e portato a compimento ulteriore con importanti passaggi evolutivi, come il superamento delle investigazioni autonome della polizia giudiziaria, l'abolizione del pretore e l'eliminazione del giudice istruttore, figura emblematica, per certi versi, della commistione tra fasi distinte.

Nella stessa direzione, dunque, occorre restituire al giudice pienezza di cognizione e di decisione, disegnando la funzione giudicante come priva di contaminazioni anche grazie alla separazione ulteriore delle carriere e avviando, in tal modo, la trasformazione verso un processo bifasico.

²⁸ Si pensi all'udienza preliminare, che da momento centrale di filtro sull'imputazione è diventata da un lato uno snodo burocratico da sfruttare per l'accesso ai riti semplificati e, dall'altro, è stata ben presto obliterata con la disciplina dell'immediato, anche a richiesta dell'imputato. In funzione di recupero della capacità di impedire l'instaurazione di dibattimenti sovrabbondanti, è intervenuta di recente la riforma “Cartabia”, agganciando la regola di giudizio alla ragionevole previsione di condanna, prestando il fianco a significative anticipazioni di merito in udienza preliminare. Sulla questione v. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e “nuova” regola di giudizio*, in *questa Rivista*, 2022, 3; MENNA, *L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare*, *ivi*, 2023, 1; SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, *ivi*, 2022, 2.