

ANTICIPAZIONI

FILIPPO GIUNCHEDI

Strategia ed etica comportamentale delle parti nel processo penale riformato*

Le modifiche apportate dal D.lg. 10 ottobre 2022, n. 150 al codice di procedura penale impongono di focalizzare il ruolo delle parti sul piano della strategia e dell'etica nel processo riformato.

Strategy and parties' behavioral ethics in the reformed criminal process

The changes applied by the Legislative Decree 10 October 2022, no. 150 to the criminal procedure code impose to focus on the role of the parties in terms of strategy and ethics in the reformed process.

SOMMARIO: 1. La riforma e la necessità di un differente approccio culturale. - 2. I settori nevralgici. - 3. Le indagini. - 4. L'esercizio dell'azione penale e i relativi controlli. - 5. Le impugnazioni.

1. *La riforma e la necessità di un differente approccio culturale.* Il vigente codice di procedura penale è stato definito il «Codice delle scelte»¹, in quanto le parti processuali sono chiamate ad optare per varianti procedurali che non richiedono di limitarsi a scegliere il percorso più idoneo in vista dell'obiettivo prefigurato, ma raccomandano di adottare preventivamente strategie ancillari a dette opzioni².

Senza dubbio alle parti - ma il discorso può ampliarsi alla fase procedimentale e, quindi, ai soggetti - e al difensore è stato richiesto un mutamento culturale³ e una maggiore professionalità, sì da consentire di "leggere" le variegate alternative procedurali e mutare la strategia in funzione degli accadimenti del processo. In tal modo, la parte non corre il rischio di trovarsi sguarnita di fronte

* Il contributo è destinato al volume dal titolo «Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia», curato dal prof. Alfredo Gaito, di prossima pubblicazione per Pisa University Press.

¹ Così, efficacemente, DELLA MONICA, *Opzioni di strategia processuale e scelta del rito*, in *La giustizia penale differenziata, Procedimenti speciali*, I, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, 155 ss., che spiega come «il passaggio ad un sistema processuale di stampo accusatorio - realizzato con la riforma del 1988 - ha radicalmente mutato la fisionomia dei ruoli assegnati ai protagonisti dell'accertamento penale, rendendo ineludibile l'esigenza di un profondo rinnovamento culturale [...] nel senso che pone la persona sottoposta a procedimento penale, sin dalle prime battute della vicenda giudiziaria, di fronte a decisioni capaci di incidere in maniera determinante sul risultato dell'accertamento».

² L'approccio strategico - mutuando un lessico proprio dell'esperienza bellica che richiama le scelte alle quali sono chiamati i militari in occasione di una guerra - al procedimento è stato sottolineato, agli albori del Codice Vassalli, da GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale*, in *I giudizi semplificati*, coord. da Gaito, Padova, 1989, 7 ss., in un contributo che, in chiave di metodo, risulta di straordinaria attualità.

³ Sul tema già GAITO, *Cultura processuale e autocritica*, in *Il giusto processo*, 1990, n. 7, 309.

alle iniziative degli antagonisti⁴ e del giudice stesso⁵.

Si tratta di un approccio nuovo che richiede in capo ai soggetti tecnici –soprattutto al difensore che costituisce il consulente tecnico-giuridico delle parti private – un’elevata preparazione, poiché solo la conoscenza delle multiformi piegature degli istituti giuridici e la corrispondente ermeneutica offerta dalla giurisprudenza consentono di cogliere i limiti e le potenzialità di un determinato modulo processuale⁶.

Se questa succinta disamina delinea il quadro composito che si presenta allo stato, le molteplici e varieguate modifiche apportate all’impianto codicistico dalla “riforma Cartabia” mutano radicalmente l’idea di fondo che connotava, alle origini, il modello processuale tutt’ora vigente, laddove il principio accusatorio, temperato da venature inquisitorie⁷, ammantava la metodologia di accertamento mediante il contraddittorio “per” la prova. In questo modello predomina la consapevolezza che la qualità dell’accertamento possa essere riservata solo a pochi processi, in quanto la complessità del modello accertativo impone di attingere a risorse non disponibili. La conseguenza è quella di cercare di scongiurare l’implosione del sistema mediante l’approdo della maggior parte dei processi verso definizioni alternative, costituite dai procedimenti semplificati⁸. Le ideologie della recente riforma, benché vengano ad operare all’interno del medesimo ordito processuale, risultano profondamente mutate rispetto a quelle originarie, improntate come sono a perseguire la riparazione del danno e ad evitare che si acceda all’accertamento; prova ne sia l’inedita premialità per l’imputato che decida di non impugnare la sentenza emessa all’esito del rito

⁴ Si pensi alla richiesta di giudizio immediato da parte del pubblico ministero che può influire sull’attività di investigazione difensiva in corso, programmata in vista dell’opzione per il rito abbreviato. L’accelerazione potrebbe spingere la difesa a dover optare per il modello condizionato con il rischio di “subire” l’iniziativa probatoria a scarico del P.m.

⁵ Intervento che, essendo imprevedibile, come insegna GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti*, cit., 27, risulta penalizzante in funzione della strategia delle parti.

⁶ GAITO, SPANGHER, GIUNCHEDI, SANTORIELLO, *Scopi della giustizia penale e politica processuale differenziata*, in *La giustizia penale differenziata, Procedimenti speciali*, I, cit., XXVI ss.

⁷ Si pensi ai possibili interventi del giudice sulla prova fin dalla fase procedimentale (art. 409, co. 4, c.p.p.) per passare dall’udienza preliminare (artt. 421-bis e 422) e dal rito abbreviato (artt. 441, co. 5) per giungere al dibattimento (artt. 506 e 507), proseguendo in appello (art. 603, co. 3) fino a giungere *in executivis* (art. 666, co. 5) e finanche nel procedimento di sorveglianza (artt. 678, co. 2).

⁸ Termine coniato da GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti*, cit., 10 ss., ben più indicato per definire i modelli processuali contenuti nel Libro VI del codice di rito.

abbreviato⁹. Insomma, siamo al cospetto di un mutamento ideologico che scommette sul *non liquet* in vista di un'emenda del presunto reo poiché ogni accertamento, completo o semplificato che sia, implica l'utilizzo di risorse¹⁰. Di conseguenza, occorre indagare sugli scenari che si prospettano sui protagonisti del processo poiché le articolate valutazioni imposte dalla nuova fisionomia dell'accertamento penale impongono una diversa etica comportamentale¹¹, legata alla maggiore responsabilizzazione delle parti.

2. *I settori nevralgici*. Posta la premessa che ad un comportamento corrisponde un dato effetto giuridico, sono le figure processuali eterogenee quelle che richiedono un approccio eticamente più responsabile in quanto la facoltà di determinarsi diversamente implica corrispondenti riflessi che vanno valutati compiutamente¹².

Ed ecco il punto. Le innovate dinamiche del processo penale, benché non si presentino come alternative poste in capo ai soggetti e alle parti, in realtà configurano un contesto ove l'atteggiamento dei singoli assume rilievo decisivo sugli effetti conseguibili.

Come si vedrà nel corso del saggio, non sono pochi gli istituti che, rispondendo alle finalità della riforma e pur senza porre le parti al cospetto di vere e proprie scelte come lo sono quelle in merito ai procedimenti speciali, comportano

⁹ È quanto prevede il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 442 c.p.p. secondo cui «quando né l'imputato, né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione».

¹⁰ Fotografa, con la solita chiarezza, il fenomeno MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in questa *Rivista* (web), 2022, n. 2, 23: «Emerge chiaramente il carattere non cognitivo, ma potestativo del giudizio, finalizzato all'irrogazione della pena nella tensione risocializzante. L'assoluzione è un caso mal riuscito ed è il simbolo dell'inefficienza del sistema».

¹¹ Di etica comportamentale scriveva già GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti*, cit., 26 s., il quale, in riferimento al passaggio ad un differente contesto epistemologico, avvertiva l'esigenza di ammorire come si rendesse necessaria «una nuova etica tanto in chi accusa quanto in chi si difende. I nuovi contenuti della funzione del p.m. e del ruolo del difensore esigono la paziente e non facile ricerca di nuove tecniche di attivazione professionale, tanto con riguardo all'individuazione ed alla delibazione delle fonti di prova quanto con riferimento alla definizione delle possibili scelte dell'epilogo della fase delle indagini preliminari [...] Il nuovo modello processuale innesca inevitabilmente problemi nuovi e delicati di deontologia professionale».

¹² In riferimento al comportamento delle parti, in prospettiva generale, CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 29 ss.

valutazioni con inevitabili riflessi sulle posizioni soggettive¹³.

I settori maggiormente interessati da valutazioni di parte in virtù dei variegati effetti che ne possono scaturire, sono quelli della nuova regola di giudizio in ordine all'esercizio dell'azione penale, costituita dalla ragionevole previsione di condanna che permea il controllo del G.i.p. a seguito della richiesta di inazione formulata dal P.m., quello del G.u.p. in merito al contrapposto esercizio dell'azione penale ad opera del titolare della funzione d'accusa e, da ultimo, quello del giudice dibattimentale chiamato ad effettuare analoga valutazione nella neo udienza predibattimentale.

Prima ancora, però, va sottolineato come la rafforzata centralità della fase delle indagini¹⁴ implichi ulteriori scelte strategiche sia per attivare i controlli in merito alla determinazione della data da cui far decorrere il termine delle indagini preliminari (art. 335-*quater* c.p.p.) e al decreto di perquisizione del P.m. (art. 252-*bis*), sia come "costringerlo" a determinarsi in ordine all'azione penale (art. 415-*ter*) e ad effettuare la *discovery* mediante l'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-*bis*, co. 5-*quater*).

Ma, allo stesso modo, deve prestarsi l'adeguata attenzione al sistema delle impugnazioni, ove - come già ricordato - la decisione dell'imputato di appellare una sentenza di condanna riportata all'esito del rito contratto, implica la rinuncia a conseguire, *in executivis*, una riduzione della pena di un ulteriore sesto rispetto alla diminuzione prevista per l'opzione procedimentale effettuata. E lo stesso è a dirsi in riferimento alle modalità di trattazione del giudizio di impugnazione, ove la regola è rappresentata dal contraddittorio cartolare, costituendo la trattazione orale una scelta rimessa alla disponibilità delle parti¹⁵, con tutto ciò che ne consegue sul piano del diritto di difesa.

Insomma, anche limitatamente agli esempi delineati, risulta di facile comprensione ipotizzare le difficoltà inerenti alle valutazioni strategiche poste in capo alle parti¹⁶. Procediamo, quindi, a focalizzare questi aspetti, circoscritti alla sola prospettiva oggetto di disamina.

¹³ Ancora una volta si rinvia a CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 64 ss. e alla ricca ricognizione della letteratura, non solo penalistica, da questi effettuata.

¹⁴ SPANGHER, *Introduzione*, in *La Riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, a cura di Spangher, Ospedaletto, 2022, XXIII.

¹⁵ Fa eccezione l'ipotesi in cui sia il giudice a ritenere necessaria la trattazione orale ai sensi degli artt. 598-*bis*, co. 3, e 611, co. 1-*quater*.

¹⁶ Si tratta di aspetti tecnici che per le parti private implicano l'inevitabile consulto con il difensore.

3. *Le indagini*. La fase delle indagini - a parte il profilo della retrodatazione dell'iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato, già al centro di un'animata *querelle* giurisprudenziale¹⁷ e dottrinale¹⁸ - presenta una serie di innovazioni che impone scelte strategiche di non poco momento, dovendo i soggetti del procedimento effettuare una ponderata valutazione circa gli effetti della stessa, soprattutto in vista di sviluppi investigativi che potrebbero risultare controproducenti.

Partendo dalla valutazione circa la retrodatazione dell'iscrizione al modello noti¹⁹, la fluidità del controllo rimesso al G.i.p. consente alla persona sottoposta alle indagini - e al suo difensore - di poter valutare se effettuare la richiesta di retrodatazione e, in caso positivo, il momento in cui farlo. Infatti, risulta sicuramente più opportuna una valutazione a *discovery* effettuata, onde comprendere le ricadute sulla posizione dell'accusato nel rendere inutilizzabile l'attività di indagine svolta in un determinato segmento delle indagini, potendo risultare proficuo mantenere un'iscrizione non cronologicamente corretta, ma che consenta di poter utilizzare materiale probatorio favorevole in vista di una definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato. Quindi, l'avvalersi o meno della facoltà prevista dall'art. 335-*quater* dovrà plasmarsi con l'impostazione difensiva.

L'inedita opposizione al decreto di perquisizione non seguito dal sequestro²⁰, va a colmare un vuoto normativo, sebbene si riveli un mero "vessillo" di garanzia giurisdizionale senza effetti pratici sulla perquisizione illegittima. Epperò, potrebbe risultare proficuo attivare il neo controllo per cercare di portare il

¹⁷ Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, Rv n. 244376; Id., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259.

¹⁸ Limitatamente alle opere monografiche, APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010; MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001; VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012.

¹⁹ In riferimento al quale, per tutti, CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *La Riforma Cartabia*, cit., 198 ss.; FONTI, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Padova, 2022, 70 ss.

²⁰ AMATO, *Perquisizioni: scatta il ricorso al Gip se non segue l'atto di sequestro*, in *Guida dir.*, 2021, n. 41, 52 ss.; NOCERINO, *Il vaglio giurisdizionale sulle perquisizioni "negative"*, in *La Riforma Cartabia*, cit., 222 ss.; PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, n. 1, 49 ss.

P.m., nell'ambito del contraddittorio *ex art.* 127, a disvelare elementi dell'indagine, così da poter indirizzare consapevolmente l'attività di difesa in una fase connotata dal segreto investigativo.

Decisamente interessante, anche sul piano degli effetti di carattere strategico, si presenta il congegno normativo predisposto all'art. 415-*ter* c.p.p.²¹ il quale, nella prospettiva indagata, consente al G.i.p., secondo le prerogative previste dal comma 3, di imporre al P.m. sia di emettere l'avviso di conclusione delle indagini preliminari una volta scaduti i termini (di uno o tre mesi a seconda della tipologia del reato) concessigli per meditare in ordine agli epiloghi delle indagini²², sia di formulare l'addebito con un margine di chiarezza e precisione analogo a quello previsto per l'editto accusatorio con il quale viene esercitata l'azione penale. È evidente che la facoltà in capo a indagato e persona offesa di costringere il P.m. a determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale e di offrire un quadro chiaro dell'indagine assuma un significato strategico di non poco conto. È il caso di procedimenti in cui non vi sia chiarezza in merito all'inquadramento giuridico del fatto, essendo possibile sussumerlo in diverse fattispecie delittuose²³. La *discovery* potrà produrre effetti sulla possibilità di definire il procedimento con forme alternative ed in particolare mediante l'applicazione della pena concordata o la sospensione del procedimento con messa alla prova, legate come sono a presupposti molto stringenti; per tacere poi delle eventuali sanzioni amministrative applicabili. Ebbene, in simili casi non appare

²¹ Per tutti, anche per i compiuti riferimenti dottrinali, BACCARI, *I nuovi meccanismi per superare le stasi procedurali dovute all'inerzia del pubblico ministero*, in *La Riforma Cartabia*, cit., 263 ss.; FONTI, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, cit., 108 ss.

²² Secondo GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in questa *Rivista* (web), 2022, n. 3, 7, «si ha l'impressione che mediante la *discovery* "forzosa" si voglia creare - senza dirlo espressamente - un ulteriore e inutile meccanismo preventivo dalle dinamiche assai simili all'originario art. 415-*bis* c.p.p., che consenta a indagato e persona offesa di interloquire con il pubblico ministero sulla base della documentazione messa a disposizione, con lo scopo dichiarato di indurlo - mediante una richiesta informale - a richiedere l'archiviazione o a esercitare l'azione penale, da porre in essere entro un termine che corre da un mese a tre mesi a seconda della gravità del reato».

²³ Ad esempio, un docente di una scuola superiore risultava indagato per aver effettuato delle *avances* di natura sessuale ad una studentessa diciassettenne. Dapprima il P.m. contestava il tentativo di violenza sessuale e di concussione, per poi, in occasione della richiesta cautelare, configurarlo in tentativo di atti sessuali con minorenne (art. 600-*quater*, co. 2, c.p.). Allo stesso tempo il Tribunale del riesame, adito a seguito dell'applicazione della misura interdittiva, qualificava i fatti in istigazione alla corruzione attiva (art. 322, co. 4, c.p.).

peregrino l'attivazione dell'istituto di cui all'art. 415-ter, così da poter individuare la fattispecie contestata e predisporre la conseguente difesa.

E lo stesso è a dirsi per la persona offesa, qualora sia orientata a far valere i diritti di cui all'art. 185 c.p. nell'alveo penale e, in prospettiva cautelare conservativa, richiedere l'ablazione dei beni dell'imputato, possibile solo a seguito dell'esercizio dell'azione penale.

4. *L'esercizio dell'azione penale e i relativi controlli.* La ragionevole previsione di condanna²⁴ sostituisce l'idoneità degli elementi raccolti durante le indagini a sostenere l'accusa in giudizio nella valutazione degli atti contenuti nel fascicolo delle indagini al fine dell'opzione per l'esercizio dell'azione penale. Non a caso il precedente referente normativo, l'art. 125 disp. att. c.p.p., è stato abrogato. Gli snodi procedurali in cui opererà questa nuova *regula iuris* sono costituiti dal controllo del giudice (delle indagini preliminari, dell'udienza preliminare e di quella predibattimentale, a seconda dei casi) in ordine alla richiesta di inazione da parte del P.m.²⁵, da quelli in udienza preliminare²⁶ e nella "nuova" udienza predibattimentale²⁷. Istituto quest'ultimo che tende a prefigurarsi come una sorta di udienza preliminare *minor*.

²⁴ Tra i numerosi contributi in materia, senza pretesa di completezza, AMODIO, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, 16 ss.; CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in questa *Rivista (web)*, 2022, n. 2; DE CARO, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, *ibidem*, n. 3; GAITO, LANDI, *"L'altare e le (forse inevitabili) vittime"*. *Osservazioni sul processo penale à la Cartabia*, *ibidem*, n. 2; GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, *cit.*; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2022, 44 e 51; NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 831; SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in questa *Rivista (web)*, 2022, n. 2; VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, *ibidem*, n. 3.

²⁵ DEL COCO, *La verifica preliminare dell'accusa*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale*, *cit.*, 177; LA REGINA, *L'archiviazione nel vortice efficientista*, in *La Riforma Cartabia*, *cit.*, 281 ss.

²⁶ BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1149; DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, n. 1, 90; NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, *cit.*, 831.

²⁷ D'ALESSIO, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta a giudizio*, in *La Riforma Cartabia*, *cit.*, 526 ss.; GALLO, *Il nuovo filtro dell'udienza predibattimentale nel rito monocratico a citazioni diretta*, in *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, a cura di Gaito, Pisa,

Uno dei profili che ha portato a criticare l'assimilazione – fino a ritenerla una sorta di sovrapposizione, seppure *rebus sic stantibus* – tra la ragionevole previsione di condanna e lo *standard* gnoseologico necessario per condannare, costituito dalla prova della colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, a nostro avviso sconta i limiti legati alla possibile identità del materiale probatorio utilizzabile per le due valutazioni.

In realtà, da un punto di vista fisiologico, questo rischio non dovrebbe palesarsi, considerato che il giudice chiamato ad effettuare la valutazione in ordine alla ragionevole previsione di condanna opera sul fascicolo del P.m.; quindi materiale diversificato rispetto a quello che dovrà formarsi nei modelli procedurali conseguenti a detta valutazione e che confluirà nel fascicolo del dibattimento. Ad esempio, questa eventualità non si pone nel rito abbreviato, dato che le cadenze procedurali comportano l'opzione per detto rito prima della decisione del G.u.p. sulla richiesta di rinvio a giudizio del P.m. e, quindi, prima della valutazione circa la prevedibilità della condanna.

Semmai i profili di criticità si pongono in riferimento all'atteggiamento che dovrà tenere la difesa dell'accusato nel contraddittorio relativo alla decisione circa detta previsione di condanna e anche nella gestione del materiale probatorio nel corso del dibattimento.

Procediamo con ordine, considerato che le differenze nelle tre tipologie di modelli in cui opera la nuova regola valutativa consistono essenzialmente nei possibili incrementi gnoseologici previsti in seno al procedimento di archiviazione ai sensi dell'art. 409, co. 4, c.p.p. o all'udienza preliminare nella duplice prospettiva delle indagini svolte dal P.m. *iussu iudicis* (art. 421-*bis*) o dell'assunzione dei mezzi di prova effettuata direttamente dal G.u.p. (art. 422). Nessuna forma di integrazione è, invece, prevista nell'udienza predibattimentale.

Partiamo proprio da quest'ultima, evidenziandone i limiti che vulnerano la finalità di filtro delle imputazioni che si intende attribuire al nuovo istituto.

Come anticipato, il modello dell'udienza predibattimentale non consente al giudice quegli approfondimenti gnoseologici invece previsti per l'udienza

2023, in corso di stampa; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto.*, cit., 65; TRABACE, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in questa *Rivista* (web), 2022, n. 2; TRIGGIANI, *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della "Commissione Lattanzi"*, *ivi*, 2021, n. 2; volendo, GIUNCHEDI, *Appunti critici sull'udienza predibattimentale*, in *Foro e Giurisprudenza*, 20.9.2022.

preliminare e costituiti dalla sollecitazione del P.m. da parte del G.u.p. ad effettuare ulteriori indagini²⁸ o dall'assumere egli stesso i mezzi di prova decisivi per l'emissione di sentenza favorevole all'imputato. E lo stesso è a dirsi in riferimento all'antagonista controllo demandato al G.i.p. di fronte alla richiesta di inazione del titolare delle indagini. In questo caso, il giudice può emettere ordinanza nella quale spiega la necessità di ulteriori indagini indicandole al P.m. al quale è demandato il compito di effettuarle.

Il giudice "predibattimentale" si trova, al contrario, nella situazione di dover decidere esclusivamente sulla base del contenuto del fascicolo allegato dal P.m. con la richiesta, rimanendogli preclusi approfondimenti istruttori. *Quid iuris*, pertanto, nell'ipotesi in cui questi ravvisi delle carenze nelle indagini su aspetti decisivi per la decisione? Sembrerebbe che applicando la regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna, il giudice non possa effettuare una valutazione circa possibili e indefiniti (quanto a risultanze) approfondimenti istruttori dibattimentali, dovendo emettere sentenza di non luogo a procedere a causa di uno *standard* probatorio insufficiente. Qualora, al contrario, dovesse ritenere colmabili nel giudizio dette lacune assisteremmo al ritorno alla *regula iuris* legata alla necessità dell'approfondimento dibattimentale. Ciò apre una serie di interrogativi - valevoli anche per l'udienza preliminare - che si riflettono sulla condotta delle parti.

Ed infatti occorre soffermarsi sull'opportunità per la difesa di depositare all'interno del fascicolo del P.m., prima dell'esercizio dell'azione penale, le risultanze delle investigazioni difensive. Le conseguenze a trarsi sul piano strategico

²⁸ Sulle potenzialità di questa disposizione v., anche, VALENTINI, *Grandi speranze*, cit., 12. Per GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, cit., 14, «le indagini integrative dovranno essere ordinate dal giudice unicamente laddove risultino ipoteticamente utili a integrare ulteriormente il materiale investigativo destinato a corroborare una prognosi di "ragionevole condanna"».

Di diverso avviso SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia*, cit., 13, il quale ritiene, addirittura, che il legislatore avrebbe dovuto abrogare questa norma posto che «alla luce del nuovo disposto dell'art. 425 c.p.p., infatti, assumono ancora maggior spessore i dubbi da tempo avanzati nei confronti di tale disposizione che laddove prescrive al giudice di stimolare l'inerzia del pubblico ministero nel caso d'indagini incomplete - non solo pare pregiudicare l'imparzialità del giudicante, ma anche - evita di far ricadere sull'accusa le conseguenze negative della propria inerzia investigativa attraverso la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, deve supplire alle mancanze del pubblico ministero permettendogli di continuare ad indagare per consolidare un quadro probatorio instabile, dando luogo ad una commistione di poteri del tutto spuria rispetto all'ideologia accusatoria, in cui il giudice controlla l'operato del pubblico ministero e delimita le coordinate dell'ulteriore attività di indagine».

sono nel senso che la difesa dovrà valutare con estrema precisione le *chances* di conseguire la sentenza di non luogo a procedere, poiché qualora queste dovessero risultare flebili sarà consigliabile non effettuare la *discovery* del proprio materiale probatorio, così da non offrire vantaggio agli antagonisti, P.m. *in primis*.

Questa riflessione, fondata sulla possibilità per le parti di produrre elementi in vista dell'udienza predibattimentale - come potrebbe verificarsi a seguito della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, utilizzando le facoltà previste dal comma 3 dell'art. 415-*bis* -, apre ad una ulteriore considerazione che parrebbe essere esclusa dall'inciso «sulla base degli atti trasmessi ai sensi dell'art. 553» (art. 554-*ter*, co. 1), ovvero anche gli atti contenuti nel fascicolo del P.m.²⁹. Infatti, sebbene il giudice non goda di poteri istruttori al pari di quelli previsti per l'udienza preliminare e per l'archiviazione, occorre domandarsi se le parti possono introdurre elementi decisivi. La norma non sembra lasciare spazio a differenti interpretazioni, ma è opportuno meditare se una decisione che si propone lo scopo di deflazionare il carico giudiziario in misura molto più intensa rispetto al passato - si è sostenuto che vi sia il passaggio dall'*in dubio pro actione* all'*in dubio pro reo*³⁰ - possa rinunciare ad apporti probatori risolutivi, come, ad esempio, la dimostrazione che il fatto sia da attribuire ad una diversa persona o l'esistenza di una prova d'alibi o di una prova preconstituita per la quale il contraddittorio è circoscritto all'acquisizione dell'elemento probatorio e non alla sua formazione. Una lettura effettuata coerentemente con lo spirito dell'istituto non pare possa pregiudicare l'integrazione della piattaforma probatoria quando questa si riveli risolutiva, perché un conto è la "sterilizzazione" di iniziative probatorie del giudice ed altro annichilire quelle delle parti in ordine ad aspetti decisivi.

Un ulteriore profilo non convincente è costituito dalla soluzione adottata dal legislatore di spingere il P.m. a formulare l'imputazione in modo aderente agli elementi di prova raccolti e, a tal fine, sono previsti il controllo di cui al comma 1-*bis* dell'art. 423, per l'udienza preliminare, e quello di cui al comma 6 dell'art. 554-*bis*, per l'udienza predibattimentale. La finalità è quella di evitare che le

²⁹ La nuova versione dell'art. 553 prevede che il P.m., oltre a formare secondo la disciplina dell'art. 431 il fascicolo per il dibattimento, trasmetta al giudice predibattimentale anche il fascicolo *ex art.* 433 al fine di consentirgli il controllo sull'esercizio dell'azione penale.

³⁰ DANIELE, *La riforma del processo penale e il modello perduto*, in *Cass. Pen.*, 2021, 3070 ss.

problematiche connesse all'imputazione, e già ravvisabili dagli atti di indagine, diano luogo, nel corso del dibattimento, alle vicende modificative dell'imputazione previste dagli artt. 516 e segg. c.p.p. se non, addirittura, ad un provvedimento di restituzione degli atti al P.m.³¹.

Il giudice qualora ravvisi questa diversità, previo contraddittorio tra le parti, inviterà il P.m. ad uniformarsi a quanto indicato dal giudice, altrimenti gli atti gli verranno restituiti. Si tratta di ipotesi differente rispetto a quella che prevede, in mancanza di intervento del P.m. circa la chiarezza e la precisione dell'imputazione, la nullità del decreto di citazione diretta a giudizio. Nell'ipotesi che ci occupa è prevista la sola restituzione degli atti al P.m., il quale potrà reiterare la medesima richiesta. Insomma, un mero invito senza la previsione di sanzioni che rientra nell'ambito di quel dovere di applicare le norme previsto dall'art. 124 c.p.p. e che, in concreto, si rivela una mera lustra per l'apprezzata finalità di regolarizzare l'azione del P.m., svuotata, però, di quel tasso di coerenza necessaria affinché i propositi divengano realtà.

È evidente che le modifiche intervenute in ordine sia all'alternativa inazione/azione che alla aderenza dell'imputazione al contenuto degli atti, implicano spazi valutativi in capo alle parti in funzione della strategia adottata in riferimento alla varietà delle condotte realizzabili.

Un dato è certo, comunque. Ridotta la latitudine tra il canone valutativo previsto per l'esercizio dell'azione penale mediante la ragionevole previsione di condanna e quello necessario per ritenere provata oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell'imputato, è consigliabile evitare fenomeni osmotici degli elementi raccolti durante le indagini mediante l'accordo tra le parti come previsto dall'art. 493, co. 3.

Considerazioni analoghe valgono per le contestazioni all'esame dibattimentale posto che, come noto, «le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero». Raccomandabile, pertanto, farne utilizzo con grande cautela. È palese, infatti, come più materiale contenuto all'interno del fascicolo del P.m. venga riversato in quello dibattimentale, maggiore è il rischio che il vaglio effettuato dal G.u.p. o dal

³¹ Sugli spazi di intervento delle parti a seguito delle modifiche apportate dalla riforma, V. SANTORIELLO, *Nuove contestazioni ed opzioni difensive*, in *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, cit., in corso di stampa.

giudice predibattimentale, come visto fondato non più sulla idoneità degli elementi raccolti durante le indagini ma sulla ragionevole previsione di condanna, persuada il giudice dibattimentale circa la responsabilità dell'imputato³².

5. *Le impugnazioni.* Anche sul fronte delle impugnazioni l'innovata disciplina, oltre a richiedere una maggiore preparazione in capo al difensore, offre ampi spazi alla strategia delle parti.

Proprio sulla scorta della prima constatazione, è opportuno domandarsi se quella particolare preparazione richiesta per il patrocinio in Cassazione, tanto da precludere la difesa agli avvocati non iscritti nell'Albo dei difensori abilitati al patrocinio avanti alle Magistrature superiori, oggi giorno abbia ancora ragion d'essere. Infatti, l'aver optato il legislatore per un appello a critica vincolata, anche per questo grado di giudizio dovrebbe valere la "certificazione" di qualità prevista per il patrocinio in sede di legittimità. Delle due l'una, pertanto: o per patrocinare in Cassazione sono necessarie particolari qualità per la tipologia del giudizio e, allora, posta la modifica introdotta, ciò dovrà valere anche per il giudizio di appello o, diversamente, la distinzione non appare più ragionevole.

Tertium non datur.

Come spiegato, il giudizio di appello³³, nel modello riformato, richiede che i motivi siano specifici³⁴ nel senso che devono enunciare «in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel

³² VALENTINI, *Grandi speranze*, cit., 10, in ordine a questo profilo palesa dubbi di legittimità costituzionale: «È quasi banale, in questa prospettiva, il rilievo per cui l'accentramento della formula sulla verosimiglianza della condanna entra in urto inevitabile con la presunzione d'innocenza, posto che il pre-giudizio con cui l'imputato giungerebbe in dibattimento, risulta fondato su materiale raccolto unilateralmente dall'accusa, di guisa che il *novum* si candida immediatamente al sospetto di illegittimità costituzionale».

³³ MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 14, ritiene che la necessità di riformare il giudizio di appello costituisca un falso problema: «L'appello, infine, è una sorta di malato immaginario: i dati statistici lo inchioderebbero a una abnorme durata di circa 800 giorni, non conforme a presunti *standard* europei disegnati però su ben diversi giudizi di impugnazione, ma la patologia, come si è già detto, non risiede nella durata del giudizio inteso come attività processuale, bensì nel grado costituito dai tempi morti di attesa della celebrazione del giudizio. Curare un malato che tale non è non costituisce mai un buon protocollo terapeutico. Se la diagnosi infausta è sbagliata, la medicina rischia di essere letale. Si somministra una massiccia dose di cartolarità, si esclude l'oralità e la pubblicità, tutto ciò per curare una malattia che prescinde dal momento del giudizio sul quale la riforma incide. L'esito della riforma potrebbe proprio essere la scomparsa dell'appello come lo abbiamo finora conosciuto».

³⁴ Su quest'aspetto GERARDI, *Nuovi profili statici e dinamici del giudizio d'appello*, in *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, cit., in corso di stampa; LA ROCCA, *L'innammissibilità dell'appello per aspecificità dei motivi*, in *La Riforma Cartabia*, cit., 609 ss.

provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione» (art. 581, co. 1-*bis*) ed è evidente che il legislatore, nel segno della deflazione, insista molto sull'alta tecnicità richiesta per le impugnazioni³⁵. Cosicché, a fronte, del rischio di un atto di appello che rischia di essere dichiarato inammissibile con più facilità rispetto al passato, la prospettiva di un vantaggio in termini di pena, come previsto per il rito abbreviato, assume connotati incentivanti di non poco momento³⁶.

Un altro aspetto che implica scelte difensive meditate è rappresentato dalla valutazione delle parti in ordine alla richiesta di trattazione orale. Sulla scorta di quanto già previsto in epoca pandemica, sia in appello (art. 598-*bis* c.p.p.) che in Cassazione (art. 611 nella nuova formulazione) l'udienza si celebrerà senza la partecipazione delle parti, surrogata dal contraddittorio cartolare.

La prevista opzione per la trattazione orale "sempre e comunque" da più parti perorata, francamente, non pare rispondere alle possibili strategie delle parti.

Non si disconosce la capacità persuasiva della dialettica nel corso della discussione³⁷, alla quale si dovrà ricorrere in tutte quelle occasioni in cui la stessa possa costituire un *quid pluris* per convincere il giudice. Allo stesso tempo, però, il ricorso al contraddittorio cartolare potrà risultare più opportuno qualora si intenda fruire del più ampio tempo previsto per riflettere sulle conclusioni del procuratore generale ed eventualmente presentare memorie di replica (dieci giorni³⁸), argomentate sulla base di uno studio più meditato rispetto all'immediata reazione imposta dalle cadenze dell'udienza.

Certo è che un contraddittorio cartolare efficace sarebbe meglio garantito dalla

³⁵ Estremamente critico SPIGARELLI, *Prefazione*, in *La Riforma Cartabia*, cit., XXXII, il quale, ironicamente, spiega come si sia «optato per trasformare l'appello in un percorso ad ostacoli il cui obiettivo deflattivo è quello di disarcionare chi vi si avventura».

³⁶ Aspetto ritenuto di buon senso da parte di GAITO, *Sliding doors: giudizio cartolare o giusto processo anche in Cassazione?*, in questa *Rivista* (web), 2022, n. 3, 18, per il quale «a fronte di uno stato dell'arte di tal genere, sarebbe allora opportuno non riformare ulteriormente al ribasso le garanzie di equità del processo dinanzi alla Corte di cassazione: meglio soddisfare l'istanza di efficienza con soluzioni che incentivano la mancata proposizione del ricorso, facendo in modo che la riduzione del carico di lavoro sia affidata alle regole sull'*an* della proposizione del mezzo d'impugnazione piuttosto che consentire, ancora oltre, un accesso generalizzato ad un rimedio dimidiato e non effettivo».

³⁷ Su quest'aspetto sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *Oralità (profili evolutivi del principio di)*, in *Dig. Pen.*, XI, *Aggiornamento*, Torino, 2021, 500.

³⁸ Infatti, il P.g., tanto in sede di appello che nel giudizio di legittimità, nei quindici giorni antecedenti l'udienza deve presentare le sue richieste e la parte, a sua volta, può depositare memorie di replica fino a cinque giorni prima dell'udienza.

predisposizione e comunicazione della relazione – che assume un ruolo orientativo importante circa il grado di approfondimento effettuato dal consigliere relatore – prima dello scadere del termine previsto per l’opzione per la trattazione orale, di modo che le parti possano valutare in modo più compiuto quale tipologia di contraddittorio sia più proficua³⁹.

La ricerca di un punto di equilibrio non è semplice⁴⁰, epperò costituisce una tappa obbligata per plasmare un sistema delle impugnazioni che coniughi efficienza e garanzie, scongiurando sacche di vuoto incontrollabile, ove la strategia delle parti rischia di sconfinare in un’attività legislativamente ammessa ma eticamente negativa, ovvero l’abuso del processo.

³⁹ Su quest’aspetto, volendo GIUNCHEDI, *Caramelle (poche) e carbone (tanto) al Governo in ordine al contraddittorio in sede di impugnazione*, in *Foro e Giurisprudenza*, 28.8.2021.

⁴⁰ In relazione al giudizio di cassazione GAITO, *Sliding doors*, cit., 16, che spiega come «il problema (come troppo spesso accade) è di metodo: occorre individuare un adeguato punto di equilibrio tra efficienza e garanzie minime e, soprattutto, effettuare scelte di fondo sugli ambiti del processo da preservare o migliorare nell’ottica delle garanzie di equità, perseguendo l’obiettivo efficientista, piuttosto, nella limitazione dell’appellabilità o nella predisposizione di incentivi di sostanza in caso di rinuncia espressa alla impugnazione».

Già prima, in prospettiva più ampia, GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da Gaito, Torino, 1998, 1 ss.