

MARIANO MENNA

L'inquadramento della regola di giudizio del non luogo a procedere tra passato e presente dell'udienza preliminare

La nuova regola di giudizio del non luogo a procedere introdotta dalla Riforma Cartabia - come quella passata - inerisce ad un giudizio allo stato degli atti, che, per quanto riguarda i dubbi quantitativi, si rianoda ad un ragionamento logico-formale del giudice dell'udienza preliminare, mentre, per ciò che concerne i dubbi assiologici, fonda su un calcolo probabilistico

The framework of the judgment rule of no place to proceed between the past and present of the preliminary hearing

The new judgment rule of non-proceedings introduced by the Cartabia Reform - like the past one - is inherent in a judgment in the state of the proceedings, which, as regards quantitative doubts, is linked to a logical-formal reasoning by the hearing judge preliminary, while, as regards axiological doubts, it is based on a probabilistic calculation

SOMMARIO: 1. La tradizionale interpretazione del non luogo a procedere tra processo e merito. 2.- La trasversalità diacronica dell'insufficienza e contraddittorietà degli accertamenti. 3.- La distinzione tra dubbi quantitativi ed assiologici e l'incompatibilità con le categorie della insufficienza e contraddittorietà dell'incertezza qualitativa. 4.- L'incidenza della distinzione tra criterio di quantità o di quello di qualità degli accertamenti sulla regola di giudizio del non luogo a procedere nel vecchio sistema. 5.- Le ricadute della distinzione tra parametro assiologico e quantitativo sull'esegesi degli artt. 421 comma 4, 421 *bis*, 422 e 425 c.p.p. nella versione successiva alla legge Carotti. 6. - Il carattere immutato della regola di giudizio *ex art.425 c.p.p.* nel nuovo assetto normativo alla luce del probabilismo assiologico e del controllo logico-formale sui dubbi quantitativi

1. *La tradizionale interpretazione del non luogo a procedere tra processo e merito.* Il calibrare la nuova regola di giudizio del non luogo a procedere prevista nella legge delega n. 134/2021 e trasposta nel decreto legislativo attuativo n. 150/2022 presuppone l'individuazione del corretto significato del criterio introdotto nell'art. 425 comma 3 c.p.p. dalla legge Carotti per come risultante in combinazione con le possibilità accertative associate a quel parametro dal legislatore in udienza preliminare.

Nella messa a punto del vecchio parametro sostituito dalla legge delega e, poi, dal decreto attuativo della medesima, si sono contesi il campo diversi orientamenti, nel cui ambito è importante sottolineare che secondo alcuni in udienza preliminare non bisognava effettuare alcuna prognosi di sviluppi dibattimentali che fossero idonei a colmare le "situazioni aperte" registratesi nell'udienza preliminare¹ e secondo altri, invece, sarebbe stata inevitabile ed

¹ In tale direzione, tra gli altri, AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzia difensiva. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio-Galantini, Milano 2000, 29 ss. GALANTINI, *La nuova*

assorbente una prognosi della possibilità di mutamento in dibattimento delle versioni fattuali emergenti dagli elementi scrutinati dinanzi al g.u.p.² È inutile, in proposito, attardarsi sulla natura di merito o processuale del non luogo a procedere nell'assetto risultante dalla legge Carotti³ perché rispetto al discrimine segnalato tra i fautori di un'interpretazione orientata all'esistenza di una preclusione del sindacato del g.u.p. rispetto alla considerazione dei possibili mutamenti della base di giudizio in dibattimento ed i sostenitori della versione favorevole alla sussistenza di un'assorbente prognosi dei possibili cambiamenti di prospettiva ricostruttiva nell'udienza pubblica vi è chi anche tra i primi ha reputato che il non luogo a procedere voluto dal *legislatore* del 1999 conservasse natura processuale volta a scrutinare l'utilità del dibattimento⁴. Anzi, in quest'ultima ottica, attestare l'attività deliberativa del non luogo a procedere solo su una diagnosi che non tenesse conto delle possibili future

udienza preliminare, in *Giudice unico e garanzia difensiva. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio-Galantini, Milano 2000, 110; GAROFOLI, *Udienza preliminare e regole minime per evitare inutili dibattimenti*, in *Dir. pen. e processo* 2005, 534; LOZZI, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, 371 ss.

Nella giurisprudenza, in senso analogo, tra le poche pronunzie da ascrivere alla prospettiva segnalata, cfr. Trib. Venezia, Gip, 18 dicembre 2003 in *Giur. Merito* 2004, II, 948, con nota adesiva di DE RISIO, *Udienza preliminare, incompatibilità del g.u.p. e sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di prove: natura ed incongruenze nell'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale*

² Vedi, in siffatta prospettiva, anche prima della riforma Carotti, tra gli altri: PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.* 1992, 1368; DAWAN, *Elementi probatori insufficienti: sentenza di non luogo o decreto che dispone il giudizio?*, in *Dir. pen. e processo* 1997, 174; FALATO, *Sentenza di non luogo a procedere: limiti in fattispecie di reato associativo*, in *Giust. pen.* 2011, III, 610 ss.; GARUTI, *Udienza preliminare e "insufficienza probatoria"*, in *Dir. pen. e processo* 1999, 729 ss.; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 150; CONTI, QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, in *Dir. pen. e processo* 2016, 340 ss.

Si tratta di un'applicazione della teoria dell'"utilità del dibattimento" elaborata dalla sentenza della Corte costituzionale n.88 del 1991.

Nel senso che il non luogo a procedere si imponesse quando si appalesasse fondato prevedere che il dibattimento fosse incapace di fornire approfondimenti che superassero le incertezze emergenti dagli atti, cfr. Corte cost. n. 71 del 1996.

Nella giurisprudenza di legittimità, nella stessa direzione, cfr., tra le tante, Cass. 17 luglio 2012 n. 33921; Cass. 14 novembre 2013 n. 48831 Cass. 1° aprile 2015 n. 17659, tutte in *www.dejure.iusexplorer.it*.

³ La Corte costituzionale, in ragione delle novità apportate dalla riforma Carotti, ha prima riaffermato la natura processuale del non luogo a procedere (Corte cost., ord. n. 39 del 2002), successivamente ha messo in risalto maggiormente la natura di merito della decisione in esame (Corte cost. n. 335 del 2002) quindi, ha evidenziato il "momento di giudizio" che caratterizza l'udienza preliminare (Corte cost., ord. n. 90 del 2004).

⁴ In tal senso, per esempio, vedi LOZZI, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, cit., 371, ss.

modifiche dibattimentali avrebbe potenziato la funzione di filtro dell'udienza preliminare perché, se non ci si fosse attestati su quel tipo di sindacato (che, come è stato notato⁵, non escludeva l'esistenza di una prognosi di quanto sarebbe accaduto in dibattimento se si fosse conservato lo stato degli atti registrato in udienza preliminare), si sarebbe dovuta ritenere sempre possibile una diversificazione della lettura del fatto addebitato attraverso il materiale raccolto successivamente in dibattimento e conseguentemente reputare sempre utile siffatta fase rinviando in ogni caso a giudizio⁶.

Naturalmente, in contrasto con siffatta prospettiva, ritenere che bisognasse continuare a tener conto degli sviluppi dibattimentali per verificare l'utilità della fase orale e pubblica e decretare solo allora il rinvio a giudizio non toglieva che anche in questo tipo di valutazione prognostica si dovesse partire dall'esame delle risultanze investigative e dell'udienza preliminare. Vi è, quindi, chi, per esempio, ha sostenuto che il vaglio di completezza delle indagini – per come ritenuto strumentale anche alle determinazioni conclusive dell'udienza preliminare – avesse solo natura diagnostica, mentre il sindacato sulla insufficienza e contraddittorietà come anche sull'idoneità a sostenere l'accusa in giudizio degli elementi all'attenzione del g.u.p., partendo dal significato attribuibile in udienza preliminare al materiale raccolto, dovesse tener conto delle possibilità che in dibattimento si potessero eliminare le insufficienze e le contraddittorietà riscontrate in precedenza, nonché della possibilità che si riuscisse a far uso concreto ai fini della decisione dibattimentale degli elementi raccolti in precedenza così da renderli idonei a sostenere l'accusa in giudizio⁷.

In una prospettiva intermedia tra coloro che in relazione alle determinazioni conclusive dell'udienza preliminare parlavano di sola diagnosi del materiale raccolto e quanti, invece, ritenevano assorbente in merito la prognosi che tenesse conto degli sviluppi dibattimentali si colloca chi ha ritenuto che il vaglio di idoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio fosse di natura prognostica e non potesse prescindere dalla previsione degli approfondimenti dibattimentali, mentre il sindacato sulla insufficienza e contraddittorietà del

⁵ Cfr. nota precedente.

⁶ Lo si annota in LOZZI, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, cit., 371 ss.

⁷ Così CONTI-QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, in *Dir. pen. e processo* 2016, 340 ss.

materiale dell'udienza preliminare fosse di marca diagnostica anche perché la locuzione "...e comunque" utilizzata nel comma 3 dell'art.425 c.p.p. conseguito alla legge Carotti avrebbe avuto carattere disgiuntivo rispetto alla distinzione tra il concetto di insufficienza e contraddittorietà degli accertamenti, da un lato, e la nozione di inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa, dall'altro lato⁸.

2. *La trasversalità diacronica dell'insufficienza e contraddittorietà degli accertamenti.* Muovendo proprio dall'analisi dell'*an* e dei termini della eventuale prognosi di un'utilità del dibattimento che tenga conto del contraddittorio dibattimentale, nell'assetto conseguente alla legge Carotti, bisogna precisare cosa dovesse intendersi per inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio e per insufficienza e contraddittorietà del materiale scrutinato in udienza preliminare.

In proposito, bisogna muovere dal fatto che ai sensi dell'art.425 comma 3 c.p.p. scaturito dall'intervento legislativo del 1999, l'inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa conteneva, ma non si limitava ad annoverare al suo interno, le situazioni di insufficienza e contraddittorietà del materiale raccolto nell'udienza preliminare. A prescindere dalle eventualità di mancanza assoluta di elementi, oppure di prova positiva di innocenza - che fuoriuscivano dal perimetro del comma in questione dedicato alla sola permanenza del dubbio -, non si spiegava altrimenti la locuzione ivi contenuta "e comunque" che palesava l'esistenza di profili di inidoneità che non si riducevano alla insufficienza e contraddittorietà⁹.

Muovendo da questi due ultimi concetti, va subito precisato che tutti gli accertamenti - e, quindi, anche le indagini preliminari - potevano essere insufficienti, o contraddittori, quando non fondassero la prova positiva della innocenza o della colpevolezza o non fossero mancanti.

⁸ CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.* 2006, 1230 ss.

⁹ Qui si ritiene che la locuzione della inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio fosse in rapporto di genere a specie con l'altra della insufficienza e contraddittorietà degli elementi a disposizione del g.u.p.

A proposito della locuzione "...e comunque" FASSONE, tra gli altri, riteneva che l'inidoneità in questione attenesse alle situazioni in cui gli elementi all'attenzione del g.u.p., pur sufficienti e non contraddittori, non fossero capaci di essere "confermati" in dibattimento per l'inutilizzabilità nella fase pubblica del materiale probatorio raccolto nella fase investigativa (*Formule di proscioglimento: teoria, prassi e condizionamenti del contesto*, in *Leg. pen.*, 2005, 648).

Più specificamente, in via di iniziale approssimazione e senza distinguere, per il momento, il cosiddetto dubbio quantitativo da quello assiologico, se anche si distinguesse il momento abduttivo o induttivo da quello falsificante nell'accertare, rispetto ad una incertezza iniziale bisogna sempre procedere all'esclusione di alternative ricostruttive che alla fine del percorso inventivo producano la certezza relativa al contesto dell'invenzione¹⁰. Cioè, anche quando, nel momento iniziale di un ragionamento, si procede ad una verifica induttiva (o abduttiva) che preceda la contraddizione e la più peculiare attività di confronto con le diverse alternative ricostruttive per determinare le esclusioni falsificative, in fin dei conti si procede sempre ad un'esclusione – sia pure di segno solo probabilistico e propositivo (non conclusivo) – di ipotesi alternative selezionando i temi dell'accertamento rispetto ad altri e precludendo, conseguentemente, le corrispondenti ricostruzioni che comunque hanno caratteristica di alternative. Diversamente, non si avanzerebbe nella risoluzione del dubbio iniziale che si compone sempre di più corni di dilemma tra i quali fin dall'inizio operare un percorso selettivo.

Ed, allora, o si giunge alla prova positiva dell'innocenza o della colpevolezza ed in tal modo si escludono tutte le versioni contrarie, o si assiste al determinarsi di una mancanza di accertamento – che in altri termini, significa che non si è potuto scegliere tra i vari corni del dilemma iniziale, per cui sono rimaste sul tappeto tutte le alternative ricostruttive – o ancora si realizza un accertamento insufficiente – che significa che si sono scartate solo alcune alternative ricostruttive e sarebbe stato necessario procedere ad ulteriori approfondimenti (che in ipotesi si siano, però, rivelati impossibili), per cui alcune alternative ricostruttive sono residue come possibili e non scartate – o, infine, si sono realizzati accertamenti contraddittori – che significa che alcune o tutte le alternative ricostruttive sono rimaste sul tappeto non perché inesplorate, bensì perché divenute oggetto di esiti conoscitivi contrastanti.

Al di fuori di questo ambito non si va in tutte le fasi del procedimento.¹¹

¹⁰ In dottrina, si segnala chi, come, tra i molti, CATALANO, isola il momento di “verifica” della ipotesi ricostruttiva dal momento “falsificante” e riannoda l'attività di esclusione delle alternative conoscitive solo al secondo momento (*Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, *passim*).

¹¹ Sembra collocarsi in una prospettiva analoga LOZZI quando parlava di insufficienza e contraddittorietà delle indagini ai fini delle determinazioni relative all'azione penale malgrado il vecchio riferimento legislativo in proposito alla idoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio (*L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, cit., 371 ss.).

Nel procedere logico, le segnalate caratteristiche degli accertamenti rimangono immutate, per cui ciò che cambia rispetto alle medesime è solo il contesto di riferimento. Nelle indagini preliminari, la realtà individuata va parametrata all'esigenza conoscitiva di un unico soggetto, ma la mancanza, insufficienza o contraddittorietà degli accertamenti si colloca in un'ottica probabilistica perché dei segnalati esiti conoscitivi il soggetto accertante unilateralmente risponderà verso altri centri di imputazione soggettiva. Quindi, in quanto nel procedimento complessivo si consenta ad altri di sindacare le conoscenze unilaterali rinvenute, è chiaro che possono porsi nuove alternative ricostruttive che sottraggono ai suddetti risultati di conoscenza il valore della certezza (intesa come mancanza di contestazione) e li declassano ad accertamenti probabili.

La mancanza, l'insufficienza o la contraddittorietà - quando manca la prova positiva dell'innocenza o della colpevolezza - diventano certezza, sia pure relativa, solo quando non sono ammessi altri soggetti a rinvenire ulteriori alternative ricostruttive nell'ambito del consecutivo *iter* accertativo, per cui, allora, il contesto della verifica e della falsificazione è fisso ed i corni del dilemma tra i quali scegliere o non poter scegliere sono determinati. La verità anche della mancanza, insufficienza o contraddittorietà comunque è univoca solo se relativa e non assoluta.

Se si ricomincia un nuovo *iter* accertativo (come avverrebbe se si sindacasse in un grado diverso la decisione fondata sul tipo di scioglimento del dubbio realizzato), si può comunque ritenere che si sia raggiunto un risultato certo nel precedente percorso gnoseologico, anche se solo relativamente al contesto unitario del procedimento in cui si è concluso l'*iter* delle possibili contestazioni e falsificazioni.

3. *La distinzione tra dubbi quantitativi ed assiologici e l'incompatibilità con le categorie della insufficienza e contraddittorietà dell'incertezza qualitativa.* A questo punto, però, è bene abbandonare siffatta analisi di prima approssimazione per introdurre un altro aspetto fondamentale del possibile trattamento del dubbio nelle varie fasi del procedimento penale.

I dubbi da risolvere sono di due tipi. Esistono quelli di marca quantitativa e gli altri di segno assiologico¹². Quanto ai primi, si può stabilire l'evidenza degli stessi, nel senso della loro insormontabilità dovuta al fatto che non si possa

¹² Sul punto si consenta un rinvio a MENNA, *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, in *questa Rivista*, 2022, *passim*.

ritenere (pur a fronte dell'incertezza) raggiungibile comunque - a differenza che per i dubbi assiologici - la prova di una circostanza o del suo contrario in una prospettiva che relativizzando l'approccio in termini dubitativi renda l'incertezza solo apparente e come tale superabile attraverso un ragionamento analogico (su cui di dirà in appresso). Allo stesso modo, l'insormontabilità del dubbio quantitativo dipende anche dal fatto - di cui si è detto prima - che relativamente al contesto di riferimento non esista contestabilità da parte di altri soggetti e, quindi, superabilità del dubbio residuo in termini di insufficienza o contraddittorietà.

Viceversa, nel caso dei dubbi assiologici, la stessa opinabilità mina il concetto di insuperabilità e, quindi, di evidenza del dubbio e consente di ritenere come configurabile o non configurabile nella sua esistenza - a seconda dell'opinione - una circostanza che si collochi non in uno stadio palese delle situazioni ascrivibili ad un concetto qualitativo - come può essere quello della "gravità" del reato nei casi in cui per concorde opinione dei consociati il delitto si ascriva alla dimensione dei crimini gravi - bensì nelle zone di confine dei casi riconducibili a quella fattispecie.

Questo significa pure che - attraverso un processo di generalizzazioni che si possono spingere sempre fino al punto in cui si realizzi l'applicazione analogica di un caso già provato positivamente - la fattispecie assiologicamente dubbia si può sempre risolvere agganciandola appunto a quella già provata positivamente, mentre non si adatta al dubbio assiologico l'idea della insufficienza o della contraddittorietà delle prove intese come situazioni di dubbio insormontabile e, quindi, evidente nella sua insuperabilità.

Perciò, in altra sede si è affermato, da un lato, che quando ricorre un dubbio quantitativo, non si può risolvere lo stesso mediante applicazioni analogiche di altre fattispecie - per cui la suddetta incertezza non si può trasformare, appunto attraverso l'analogia, in una prova positiva di un fatto - e, dall'altro lato, che l'art. 530 comma 2 c.p.p., fotografando le situazioni di insufficienza e contraddittorietà delle prove come concetti definitivi che presuppongano il completamento dell'*iter* istruttorio, non si può applicare ai dubbi di marca assiologica¹³.

Si può esemplificare tutto ciò stabilendo che se cinque testimoni affermano che un episodio suscettibile di una descrizione oggettiva quanto al suo acca-

¹³ MENNA, *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, cit., 2022, *passim*.

dimento storico si è verificato e cinque testimoni asseriscono l'esatto contrario, non esiste alcuna possibilità di ritenere, anche attraverso il ricorso all'analogia, che il fatto contemporaneamente affermato e negato sussista, superando l'insanabile incertezza del momento ricostruttivo rispetto al tema dell'accadimento in sé considerato a prescindere su ogni altra speculazione in ordine alla credibilità di quanto asserito. Diversamente, se si controverte sulla attendibilità dei testimoni, dipendendo l'esclusione della capacità dimostrativa di un elemento istruttorio addotto sulla stessa tematica, dalla propensione o meno ad accogliere come probante un determinato elemento di prova, il soggetto che deve decidere potrà accettare una versione positiva o negativa della supposta attendibilità dei testi anche a fronte di prove contrastanti, ma facendo ricorso a generalizzazioni - necessarie per l'applicazione in via analogica - che consentano di agganciare la fattispecie ad altra che non si collochi nelle zone di confine dei significati del concetto valutativo, bensì ad un caso che in modo netto e, perciò, positivo evidenzi analogicamente la capacità dimostrativa dell'elemento istruttorio in questione, oppure il suo esatto contrario.

Questo è possibile proprio perché non è sicuro in partenza il significato di ciò che è o meno attendibile come prova e, quindi, nulla osta a che mediante un processo di generalizzazioni si agganci analogicamente il senso dell'attendibilità (che si ripete potrebbe tanto sussistere quanto non esserci) a particolarità di un diverso fatto di sicura attendibilità o di certa inattendibilità con cui si stabilisca un'affinità su un piano astratto di generalizzazioni che sono *sempre* praticabili.

Se non si volesse ricorrere per forza all'analogia, l'unico modo per risolvere nel caso di specie i dubbi assiologici stabilizzando il giudizio in merito, sarebbe riattribuire la parola al gioco della maggioranza politica che nel caso concreto determini la regola da applicare per sciogliere il dilemma sul tema della valutazione traducendo in evidenza - apprezzabile quantitativamente in futuro, quando si ripresentasse lo stesso caso tipico - la soluzione data al dubbio valutativo¹⁴.

¹⁴ Perciò, in altra sede si è proposto di attribuire ad un organo politico-giurisdizionale denominato "giuria elettiva di esperti" la funzione di sciogliere i dubbi di natura assiologica dando voce al gioco democratico del rapporto tra maggioranza e minoranza politica (MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, Torino, 2017, *passim*, ID., *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, *cit.*, *passim*)

Nel sistema conseguente alla legge Carotti, in modo improprio, allora, poteva parlarsi di insufficienza e contraddittorietà delle prove in udienza preliminare quando le medesime investissero tematiche da affrontare assiologicamente perché era opinabile il se del gioco di esclusione delle alternative ricostruttive che, come si è precedentemente detto, viceversa, doveva sicuramente e non solo in modo opinabile realizzarsi, parzialmente, nel caso della insufficienza, oppure in modo incompiuto, nel caso della contraddittorietà.

4. *L'incidenza della distinzione del criterio di quantità o di quello di qualità degli accertamenti sulla regola di giudizio del non luogo a procedere nel vecchio sistema.* Si hanno ora gli elementi per apprezzare il significato della inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa rispetto alle segnalate categorie nel sistema superato dal D.Lgs.150/2022.

Nel passaggio dalle indagini preliminari all'udienza preliminare, innanzi tutto bisogna sottolineare che l'inidoneità suddetta, in funzione della locuzione "e comunque" utilizzata nell'art.425 comma 3 c.p.p. scaturita dalla legge Carotti, investiva, da un lato, temi apprezzabili assiologicamente, che per brevità si possono definire come problematiche attinenti alla credibilità degli elementi raccolti, dall'altro lato, la classica mancanza, insufficienza e contraddittorietà degli accertamenti relativi a situazioni apprezzabili, come si è visto, solo quantitativamente.

Quando la suddetta locuzione investiva gli argomenti assiologici, si poteva aggranciare la sua portata alla nozione onnicomprensiva di credibilità degli elementi raccolti perché anche le incertezze valutative non strettamente inerenti all'uso degli strumenti accertativi e relative, invece, alla nozione sostanziale di fatto - quale può essere la qualificazione in termini valutativi del carattere "indebito" o lesivo del concetto di comune pudore ergentesi a componente dell'episodio addebitato, piuttosto che l'apprezzamento della capacità mnemonica del dichiarante - si riverberavano alla fin fine pur sempre sulla credibilità del materiale accertativo¹⁵.

Quanto allo *standard* probatorio che poteva raggiungere l'inidoneità in udienza preliminare, prescindendo, per ora, da quanto accadeva a proposito degli elementi apprezzabili assiologicamente, bisogna richiamare la distinzione tra il carattere probabilistico degli elementi quando sono in mano ad un soggetto,

¹⁵ Di credibilità degli accertamenti pure di natura investigativa si parla, infatti, a proposito anche del giudizio dell'udienza preliminare in MENNA. *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 146.

come l'investigante, di cui altri sindacano successivamente gli esiti conoscitivi, ed il crisma della certezza conoscitiva che gli stessi assumono quando non ci sono altri soggetti che successivamente possano introdurre nuove alternative ricostruttive andando a sindacare quanto definito precedentemente.

Qui entrava in gioco anche il carattere diagnostico e/o prognostico dell'accertamento dell'udienza preliminare¹⁶.

Considerando, allora, che le indagini diventano in udienza preliminare anche oggi oggetto di discussione, bisogna dire che la mancanza, insufficienza e contraddittorietà - oltre alla prova positiva dell'innocenza - che potevano palesare in termini probabilistici le investigazioni prima dell'esercizio dell'azione penale, perdevano tale loro caratteristica in udienza preliminare. Infatti, in siffatta fase si innestava il contraddittorio con l'imputato ed il sindacato che si operava sugli elementi vagliati, come di dirà, anche se a sua volta suscettibile di controllo in dibattimento - con la conseguente possibilità che nell'udienza pubblica ed orale si individuassero altre alternative ricostruttive capaci di declassare il vaglio dell'udienza preliminare ad esame di natura probabilistica, se paragonato alle possibilità di approfondimento dibattimentale -, non toglieva che, invece, siffatto riscontro fosse pieno in quanto era allo stato degli atti e poteva, come tale, condurre ad una sentenza suscettibile di passare in giudicato (sia pure "debole") a differenza dell'archiviazione, che testimonia ancora oggi - in contrasto con la situazione dell'udienza preliminare - il carattere non "concludente" ma solo propositivo delle indagini preliminari. Mostrando la sua "concludenza", il sindacato dell'udienza preliminare era basato su esclusioni probatorie di tipo quantitativo che ambivano all'evidenza proprio in funzione di una pregnante funzione di filtro che non sarebbe stata operante se il giudizio avesse tenuto conto delle "situazioni aperte" dibattimentali.

Si vuole dire che nel passaggio dalle indagini preliminari alla frazione di processo *ex artt.* 416 ss. c.p.p. le cose anche oggi cambiano in quanto mentre l'investigante ed eventualmente il giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione, l'uno come attore e l'altro come soggetto che non dispone di una preesistente critica in contraddittorio, non operano esclusioni di carattere meramente deduttivo sulla prospettiva di altri soggetti e rielabora-

¹⁶ Sui profili diagnostici e prognostici del giudizio dell'udienza preliminare, cfr., per tutti, CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, cit., 1230 ss. Dello stesso autore, a proposito sempre del rapporto tra diagnosi e prognosi in udienza preliminare, cfr. *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007, 89 ss.

no, perciò, probabilisticamente - ossia in chiave solo propositiva ed aperta ad una possibile critica successiva - tutti gli argomenti forgiati in prima persona oppure comunicati da altri soggetti (come nel rapporto tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari), il giudice per l'udienza preliminare, relativamente ai dubbi di marca quantitativa, anche oggi, pure quando vaglia l'utilità o meno del dibattimento, svolge in realtà un'attività di giudizio in termini solo deduttivi e logico-formali mediante la quale esclude le alternative ricostruttive proposte dai contendenti nella discussione o nel contraddittorio euristico dell'udienza preliminare.

È come se il giudice per l'udienza preliminare, nell'effettuare la prognosi della superfluità o meno del dibattimento, in realtà, per non mortificare la funzione di filtro dell'udienza preliminare, dovesse limitarsi ad un sindacato deduttivo e logico-formale che libera il campo da una serie di alternative ricostruttive relativamente al materiale già raccolto e non a quello da raccogliere nella futura udienza pubblica¹⁷.

È chiaro come in questo modo ci si colloca in una prospettiva diversa da quella accreditata dalla maggioranza della giurisprudenza rispetto al passato regime, secondo cui, anche quando il giudice dell'udienza preliminare si limitava a sindacare la regiudicanda sulla scorta del *minimum* probatorio emergente dagli elementi investigativi o dell'udienza preliminare - senza tener conto in astratto di tutte le possibili ed astratte modifiche dibattimentali del quadro istruttorio - comunque l'organo giudicante nella fase in questione non potesse fare a meno di una probabilistica prognosi del concreto sviluppo che il materiale a disposizione potesse avere in dibattimento, salvo, poi, disporre il rinvio a giudizio solo quando si prevedesse l'accoglimento della lettura dei fatti data dal p.m., o in alternativa operare ciò anche quando fosse incerta (alla luce pure della futura istruzione) la stessa ricezione in sentenza della prospettiva accusatoria¹⁸.

Nella diversa ottica qui sostenuta, l'insufficienza e contraddittorietà cui si accennava nell'art. 425 comma 3 c.p.p., dovendosi riannodare, per quanto si è

¹⁷ Correttamente CASSIBBA affermava che "il giudizio [in udienza preliminare] non deve essere compiuto alla luce delle potenzialità euristiche del contraddittorio dibattimentale: se così fosse, si introdurrebbe nel sistema un'inesistente presunzione di "necessaria utilità" del dibattimento, in virtù della quale solo il dibattimento, mercè la formazione della prova nel contraddittorio delle parti, consente di superare le lacune cognitive non colmate in udienza preliminare" (*L'udienza preliminare. Struttura e funzioni, cit.*, 95).

¹⁸ Cfr., in proposito, per tutte Cass. 30 aprile 2015 n. 33763, Rv. n., 264427.

detto, ad un ragionamento in termini di evidenza e, quindi, di certezza della insuperabilità di un dubbio quantitativo, non potevano che attenersi a quel controllo logico-formale sulle prospettive ricostruttive che i contendenti avevano avanzato nella fase in esame, sulla base delle indagini preliminari, oppure degli accertamenti realizzati in udienza preliminare e divenuti oggetto di discussione¹⁹.

Tutto ciò, lo si ribadisce, valeva per i dubbi quantitativi.

A tal proposito, se fosse esistita, invece, opinabilità del dubbio, non si sarebbe potuta realizzare quella condizione di insuperabilità dell'incertezza ricostruttiva che rappresentava una situazione di evidenza come la situazione della mancanza assoluta o della prova positiva della colpevolezza o dell'innocenza; e ciò anche perché la suddetta opinabilità sarebbe stata per lo più incompatibile con un'incidenza del contraddittorio sulla stabilità del giudizio. Questo voleva dire pure che solo il contraddittorio – sicuramente rispetto ai dubbi di marca quantitativa e, come si dirà, solo a certe condizioni a fronte delle incertezze assiologiche – e, quindi, i contendenti potevano esprimere in termini tassativi (delimitandone il contesto delle possibili critiche) le alternative ricostruttive sulle quali ragionare, per cui alla fine secondo appunto un criterio di quantità si sarebbe potuto sapere se residuassero prospettive contrastanti tra loro oppure alternative inesplorate benché segnalate da una parte. In tal senso andavano intese l'insufficienza e contraddittorietà in un'ottica squisitamente quantitativa e come tale insormontabile.

Al contrario, l'assiologicità dell'incertezza non sempre si combinava con la funzione orientativa e stabilizzatrice del contraddittorio. Infatti, le particolarità

¹⁹ Una cospicua serie di autori contesta la possibilità di individuare nel ragionamento del giudice penale, in qualsiasi fase, un'attività di controllo logico-formale, pur non mettendo in discussione l'eventualità che in modo parcellizzato o per casi particolari si possano sviluppare inferenze di tipo sillogistico. Tra questi, vedi, per tutti, DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 6-7, 19, 67-68 e CECCHI, *Il sillogismo giudiziale: "quel che resta, quel che se ne va"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 1526.

Qui si abbraccia, invece, la prospettiva per la quale, a patto che, nei contesti in cui si colloca il contraddittorio, il ragionamento probabilistico ed al contempo determinativo sulle premesse degli argomenti logico-formali sia effettuabile dai contendenti, il giudice, in determinati ambiti, come quello dibattimentale o l'altro dell'udienza preliminare – relativamente ai dubbi quantitativi e non a quelli assiologici non solubili in termini di evidenza – può ed è tenuto a svolgere il sindacato logico-formale (MENNA, *La salvezza dell'interpretazione non discrezionale del giudice dibattimentale attraverso l'introduzione della "giuria elettiva di esperti"*, in *Dir. pen. e proc.* 2021, 1 ss.; ID., *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, cit., 1 ss.)

del caso che si possono esaltare per l'individuazione di tipo analogico della fattispecie cui agganciare la soluzione dell'incertezza, possono dar luogo ad un esito conoscitivo che, essendo di tipo valutativo e discrezionale, può portare tanto alla conferma quanto alla negazione di quell'aggancio, in dipendenza del tipo di particolarità dell'avvenimento che si esalti per l'operazione di analogia²⁰; e ciò anche quando la costruzione generalizzatrice prodromica al collegamento analogico con altra fattispecie venga proposta dai contendenti. Di qui il possibile probabilismo della scelta conseguente del giudice sulle proposte delle parti²¹. Infatti, diventa, allora, impossibile sapere se fino alla fine dell'operazione di generalizzazione - che peraltro, per la sua indefinita progressione, si ribella ad una definizione tassativa dei temi di accertamento e valutazione - residuino versioni contrastanti oggettivamente (e, quindi, elementi contraddittori). Ciò sarebbe impossibile perché le versioni sarebbero sempre riannodabili ad esiti conoscitivi ancipiti, ovvero capaci di sfociare in una conclusione conoscitiva come nel suo opposto in dipendenza della diversa peculiarità esaltata nella procedura analogica di soluzione del caso. Allo stesso modo, risulta impossibile sapere se rimangano sul tappeto prospettive ricostruttive non ulteriormente approfondite (in relazione ad elementi insufficienti), considerando che l'opinabilità dell'aggancio ad un esito conoscitivo o ad altro non consentirebbe nemmeno di chiarire se ed in che direzione si dovesse spingere l'ulteriore approfondimento. Naturalmente si è detto che tutto ciò vale solo in determinate situazioni e, cioè, quando l'eventualità da valutare, anche sulla scorta di eventuali ulteriori elementi, non divenga palese nel senso di appartenere a quella serie di casi non di confine in cui sia chiaro ed incontestabile l'aggancio analogico ad una fattispecie piuttosto che ad un'altra.

²⁰ Sull'analogia come ragionamento che richiede informazioni addizionali - che qui si ritiene non possano individuarsi in modo univoco - per poter poi dedurre la conclusione, cfr. LOLLI, *Logica e ragionamento giuridico*, in www.dm.unibo.it.

²¹ DI GIOVINE ricorda che "secondo l'insegnamento tradizionale, l'interpretazione consiste quindi nell'invenzione di una disciplina già esistente; l'analogia, in una forma di creazione del diritto (basata sull'estensione di una disciplina prevista per un caso singolo ad altro caso non espressamente previsto, ma caratterizzato da identità di ratio). Ragion per cui la seconda, nel diritto penale, è espressamente vietata" (*"Salti mentali" interpretazione ed analogia nel diritto penale*, in *Questione giustizia 2018*, 1).

In prospettiva parzialmente divergente dall'affermazione del carattere totalmente creativo dell'analogia, qui si reputa che la stessa "crea" la conclusione del ragionamento solo nei casi in cui non sia evidente ed indiscutibilmente univoca la similitudine su cui fonda la generalizzazione che conduce al risultato conoscitivo "analogo".

Quando si presentava nel passato regime un caso di dubbio assiologico di situazioni a limite come quelle accennate eravamo, allora, al di fuori della dimensione dell'insufficienza e della contraddittorietà degli elementi di cui al vecchio art.425 comma 3 c.p.p. e, quindi, oltre alla analisi delle possibili soluzioni dei dubbi quantitativi, nasceva l'esigenza di un ulteriore vaglio che si riannodava ad un attivo impegno del giudice per l'udienza preliminare il quale, negli spazi interpretativi residuati all'attività iniziale di controllo logico-formale delle versioni di parte tradottesi nella discussione, insinuava un ragionamento probabilistico²². Quest'ultimo, per un verso, operava ulteriori esclusioni di alternative ricostruttive in un'ottica unilaterale e, per altro verso, accedeva ad una definizione del caso che per definizione era incerta e, perciò, fondata solo su un calcolo delle probabilità.

5. Le ricadute della distinzione tra parametro assiologico e quantitativo sull'esegesi degli artt. 421 comma 4, 421 bis, 422 e 425 c.p.p. nella versione successiva alla legge Carotti. L'assunto che precede trovava conferma nei disposti degli artt. 421 comma 4, 421 bis, 422 e 425 c.p.p. risalenti alla versione successiva alla legge Carotti.

Innanzitutto, l'art. 421 comma 4 c.p.p. riannodava alla discussione e, quindi, al contraddittorio la possibilità di decidere allo stato degli atti. Si badi che il confronto argomentativo in questione era anche quello che seguiva alle eventualità accertative *ex art.421 bis e 422 c.p.p.* del passato regime. Questo significa che il contraddittorio ed il conseguente potere di proposizione delle proposte valutative che, come si è dimostrato in altra sede²³, confina il giudice nel ruolo di organo che non può forgiare attivamente le massime di esperienza, bensì deve limitarsi a stabilire la prevalenza di una delle versioni di parte ope-

²² In questo modo viene meno la terzietà del giudice nel suo significato assoluto che comporta la totale inerzia dell'organo giudicante rispetto all'attività ricostruttiva ed il suo atteggiamento improntato al solo controllo logico-formale delle versioni dei contendenti.

Sulla terzietà come garanzia non solo di ordinamento giudiziario ma anche di posizione dell'organo giudicante nel processo, cfr., per tutti, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, *passim*.

Sulla terzietà come valore costituzionale cfr. anche TIBERI, *Forma e sostanza in attesa dell'effettività nel processo penale del diritto costituzionale al giudice terzo ed imparziale*, in *Riv. Dir. Proc.* 2005, 306.

²³ Lo si è affermato e dimostrato - a proposito del giudizio e della motivazione che fondano sul contraddittorio - già nel nostro *La motivazione del giudizio penale, cit., passim*.

rando solo un controllo logico-formale, era dimensione presente anche nell'udienza preliminare²⁴.

In questa fase però bisognava fare i conti con la complessa regola di giudizio di cui all'art.425 comma 3 c.p.p.

Per quel che si è detto, infatti - lo si ribadisce -, se solo il dubbio quantitativo può tradursi in insufficienza o contraddittorietà degli elementi, l'inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio, se intesa come concetto più ampio rispetto al carattere insufficiente e contraddittorio degli elementi, non poteva che correlarsi anche alla permanenza di dubbi assiologici relativi a quelle zone di confine di concetti elastici (che si sono riassunti nella nozione di credibilità degli elementi) in cui la ricostruzione del giudice (*sub specie* di applicazione in via analogica di fattispecie analoga mediante la quale risolvere il dubbio sulla credibilità dell'elemento) era probabilistica. Questa attività, che nell'ottica del vecchio comma 3 dell'art. 425 c.p.p. conduceva in funzione di un calcolo delle probabilità alla prova positiva della innocenza dell'imputato come frutto di un'applicazione analogica di altra fattispecie, pur essendo isolata rispetto alla messa in risalto della insuperabilità dei dubbi quantitativi che conduceva alla determinazione dell'insufficienza e contraddittorietà degli elementi (grazie sempre al riferimento separato nel segnalato comma 3 all'inidoneità degli elementi), rientrava in senso lato nel concetto di inidoneità. A questo proposito, infatti, era chiaro che anche i dubbi quantitativi di natura insormontabile e non solo le problematicità valutative delle segnalate zone di confine della conoscenza rendevano gli elementi inidonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Il carattere assiologico dei dubbi poteva, poi, attenersi tanto a concetti sostanziali relativi ad incertezze su componenti del fatto per come sussunto nel diritto sostanziale, quanto a nozioni formali inerenti a questioni fattuali relative all'applicazione di fattispecie processuali e, perciò, in altra sede si è detto che anche i problemi di gestione dell'accusa in dibattimento (nel loro riferimento stretto ai dubbi non orientabili dal contraddittorio) potevano e dovevano es-

²⁴ In contrasto con la lettura che si propone nel testo, in generale, con riferimento a tutte le fasi del processo si ritiene che non possa parlarsi di una totale assenza di potere di formazione autonoma di argomenti probatori ricostruttivi del fatto in capo al giudice, invece del solo controllo logico-formale teso alle esclusioni di alternative fattuali, quando siano smentite da evidente inventive, in FERRI, *Iniziativa delle parti e poteri probatori del giudice*, in questa *Rivista*, 2014, *passim*.

sere oggetto di vaglio - che qui si precisa è di segno probabilistico - da parte del giudice dell'udienza preliminare²⁵.

L'interrogativo relativo al carattere diagnostico o prognostico di siffatto sindacato si risolveva comprendendo che il giudice dell'udienza preliminare, come è stato correttamente affermato²⁶, non possedeva poteri divinatori rispetto a quanto potesse accadere in dibattimento. Quindi, il vaglio dell'utilità del dibattimento doveva necessariamente operarsi mediante un giudizio allo stato degli atti. Non potendosi prevedere quali alternative ricostruttive e quali attività istruttorie potessero mettersi in campo nella fase pubblica ed orale, anche il calcolo delle probabilità cui veniva chiamato il giudice dell'udienza preliminare poteva operarsi solo indipendentemente dalla previsione della possibilità di colmare il carattere "aperto" delle situazioni istruttorie in dibattimento. Diversamente, come già si è detto, essendo sempre modificabile in quest'ultima fase il vaglio degli elementi in ipotesi operato nella fase antecedente, si sarebbe sancita l'inutilità assoluta dell'udienza preliminare ed il totale venir meno della funzione di filtro di questa fase anche rispetto all'esistenza di una prova evidente di innocenza.

Questo peraltro non significava - come si è già detto - che il sindacato dell'udienza preliminare non investisse sempre precipuamente l'oggetto dell'utilità del dibattimento e non conservasse, quindi, natura processuale, pur riguardando il merito dell'imputazione ed essendo un giudizio allo stato degli atti.

Tornando, a questo punto, al sindacato fondato sul controllo logico-formale che poteva condurre - solo relativamente alle incertezze quantitative - alla determinazione dell'insufficienza e contraddittorietà degli elementi, vi era da sottolineare che anche questo vaglio poteva investire tanto fatti coperti da diritto sostanziale che profili fattuali da sussumere in fattispecie processuali e poteva riguardare anche dubbi assiologici - per i quali si è introdotto il riferimento alla nozione di credibilità degli elementi - che però non inerivano a quei casi di confine rispetto ai quali le soluzioni delle incertezze fossero opinabili.

Senza distinguere tra il carattere assiologico e quello quantitativo dei dubbi oggetto del segnalato sindacato - che in senso lato attengono comunque all'adesione ad una delle prospettive di parte e, quindi, ad una nozione di

²⁵ Cfr., in proposito, MENNA, *La motivazione del giudizio penale, cit., passim*.

²⁶ LOZZI, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte, cit., passim*

credibilità in senso lato delle risultanze - , in altra sede si è esaltato lo scopo dell'accennato tipo di giudizio, che è quello di attribuzione della prevalenza ad una versione di un contendente piuttosto che ad altra nella prospettiva perciò del carattere meramente deduttivo e logico-formale dell'attività del giudice²⁷.

Anche relativamente a siffatto sindacato vi è da rimarcare che non potendosi fondare il medesimo sulla previsione della possibilità di colmare le situazioni connotate da carattere "aperto" attraverso le modifiche dibattimentali degli elementi vagliati (e ciò per evitare che si smarrisse la funzione di filtro dell'udienza preliminare, considerando che, se si fosse acceduto a questo tipo di vaglio dell'utilità del dibattimento non si sarebbe mai potuto dichiarare il non luogo a procedere), il giudizio era allo stato degli atti e nel medesimo il carattere per così dire diagnostico del controllo si saldava strettamente - lo si ribadisce ancora una volta - ad un vaglio sull'utilità del dibattimento e, quindi, ad una prognosi che nella sua consistenza nondimeno non fuoriusciva dal perimetro dell'analisi del materiale a disposizione in udienza preliminare.

Nella segnalata prospettiva, anche le indagini preliminari, quelle realizzate nell'ambito del supplemento disposto dall'art.421 *bis* e le prove raccolte ai sensi dell'art. 422 c.p.p. entravano nel fuoco del contraddittorio che innescava il controllo esclusivamente logico-formale del giudice per l'udienza preliminare attraverso la discussione di cui all'art. 421 c.p.p. che doveva intervenire pure dopo il raccoglimento degli elementi *ex artt. 421-bis e 422 c.p.p.*

Relativamente al quadro normativo conseguente alla legge Carotti vi è infine da sistemare il rapporto tra l'esigenza di completamento degli elementi *ex art. 421 bis c.p.p.*²⁸ ed il tipo di vaglio cui era chiamato il g.u.p. alla fine dell'udienza preliminare.

In proposito vi è da segnalare che il giudice dell'udienza preliminare non si limitava a considerare le sole prospettive affacciate dalle parti nella discussione che precedesse l'eventuale provvedimento che disponesse il supplemento

²⁷ Cfr. MENNA, *La motivazione del giudizio penale, cit., passim.*

²⁸ Sulla completezza degli accertamenti come esigenza imprescindibile dell'attività di giudizio dell'udienza preliminare cfr., tra gli altri: CONTI, QUAGLIANO *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, in *Dir. pen. e processo* 2016, 340 ss; CASSIBBA *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare, cit., 1230 ss.*

di indagini *ex art. 421-bis* c.p.p., perché, se così fosse stato, non avrebbe avuto difficoltà a decidere sempre immediatamente allo stato degli atti²⁹.

Essendo definite le alternative ricostruttive messe in campo dai contendenti e le possibilità di esclusione delle medesime, il g.u.p. avrebbe potuto sempre scegliere, a seguito della discussione, tra rinvio a giudizio e non luogo a procedere perché avrebbe avuto sempre sia la possibilità di evidenziare l'ipotetica insufficienza e contraddittorietà degli elementi, sia il potere di sindacare probabilisticamente i dubbi assiologici al fine di stabilire l'inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa nei casi di confine del momento attuativo dei concetti valutativi venuti in risalto.

Se, allora, il legislatore nell'*art. 421-bis* c.p.p. prevede ancora oggi che solo se non si possa decidere allo stato degli atti a fini di completezza degli elementi si abbia il potere di disporre un supplemento delle indagini, ciò voleva dire – ed oggi la situazione non è mutata – che il giudice sviluppava solipsisticamente un'esigenza di completamento delle indagini ed individuava lui ulteriori alternative ricostruttive rispetto alle quali demandava al pubblico ministero la ricerca di nuovi elementi investigativi³⁰. Cioè, egli non disponeva il completamento per risolvere i problemi di insufficienza e contraddittorietà residuati alla discussione³¹ attraverso l'esercizio di poteri di ufficio orientati ad un ragionamento esclusivamente logico-formale e, quindi, solo per riempire le lacune correlate alle alternative ricostruttive messe in campo dalle parti. Questo modo di procedere sarebbe stato confacente ad un'esigenza di risoluzione solo di problemi di "concludenza"³² e non di "completamento" delle informazioni ed avrebbe attivato solo i poteri *ex art. 422* c.p.p. e non quelli *ex art. 421-bis* c.p.p.

²⁹ Così CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, cit., 1230 ss.

³⁰ In tal senso, già MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, cit., 145.

³¹ Così, invece, CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, cit., 1230 ss.

³² In proposito, anche GARUTI affermava che "l'insufficienza e la contraddittorietà [in udienza preliminare] non possono derivare da incompletezza investigativa, alla quale il giudice è tenuto a porre rimedio ai sensi dell'*art. 421 bis* c.p.p., ma dovranno identificarsi come un difetto di "concludenza", sotto il profilo probatorio, cui il giudice non è stato in grado di ovviare neppure con l'attività integrativa prevista dall'*art. 422* (*L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, in *Riv. pen.* 2000, 869 ss.).

Sulla "concludenza" in udienza preliminare cfr. anche CAPRIOLI, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 310.

Se si disponevano ulteriori indagini per completare le informazioni, si individuavano nuove piste investigative sulla base di nuovi argomenti nel cui ambito probabilisticamente ed in modo attivo il giudice forgiava solipsisticamente anche nuove massime di esperienza – da convalidare o meno mediante i nuovi percorsi investigativi – laddove se la sua attività di giudizio fosse stata solo di carattere logico-formale l'organo giudicante non avrebbe potuto introdurre nuove regole inferenziali ma avrebbe dovuto limitarsi a sindacare i soli argomenti e le commesse alternative ricostruttive messe in campo dai contendenti.

Perciò, in altra sede si è affermato che come terza attività di giudizio – oltre alle due già segnalate – il giudice dell'udienza preliminare poteva modificare probabilisticamente gli argomenti messi in campo dai contendenti³³; il che significa anche crearne di nuovi nell'ambito delle attività segnalate di completamento delle indagini.

A questo punto ci si può chiedere come si combinasse questa attività di giudizio con le altre due a cui si è accennato in precedenza.

Ebbene, siccome in sede di vaglio conclusivo *ex art. 425 c.p.p.* non si faceva cenno a problemi di completezza delle informazioni ai fini del non luogo a procedere, evidentemente il completamento degli elementi si presupponeva come già avvenuto in sede di sindacato finale della fase in questione.

Quindi, i nuovi argomenti e le nuove alternative ricostruttive dovevano essere già stati messi in campo ai sensi dell'*art. 421-bis c.p.p.* e, dopo l'avvenuto completamento, la rinnovata discussione che si realizzava prima della decisione finale faceva in modo che i contendenti si confrontassero con le nuove alternative ricostruttive ed orientassero il giudice ai fini dell'espletamento di un'attività logico-formale dell'organo giudicante anche sui nuovi argomenti.

Questo non toglieva, però, che nonostante l'attrazione delle nuove indagini disposte *ex art. 421-bis c.p.p.* nella dimensione del contraddittorio orientativo del controllo logico-formale del giudice, questi non potesse e dovesse operare anche un distinto vaglio probabilistico sulla eventuale inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio nei casi dei dubbi assiologici correlati alle zone di confine dei momenti attuativi dei concetti valutativi venuti in risalto.

6. *Il carattere immutato della regola di giudizio ex art. 425 c.p.p. nel nuovo assetto normativo alla luce del probabilismo assiologico e del controllo logico-formale sui dubbi quantitativi.* Passando ad analizzare la regola di giudizio

³³ Cfr. MENNA, *La motivazione del giudizio penale, cit., passim.*

voluta per il non luogo a procedere dal legislatore a mente dell'art.1 comma 12 lett. d) L.134/2021 e trasposta nell'art.425 c.p.p. dal D. Lgs. 150/2022, va sottolineato che il citato precetto prescrive che il giudice dell'udienza preliminare "valuti, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna"³⁴.

La regola è stata così formulata superando la locuzione proposta dalla commissione Lattanzi in base alla quale si doveva emanare il non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non fossero tali "da determinare la condanna"³⁵.

Si è detto che il legislatore con la prescrizione in esame abbia voluto superare la situazione per la quale il g.u.p. dovrebbe oggi valutare l'utilità del dibattimento tenendo conto delle "situazioni aperte" a livello istruttorio e della possibilità di risolverle in dibattimento modificando, all'occorrenza, gli esiti conoscitivi dell'udienza preliminare³⁶.

Sennonché, in proposito, bisogna distinguere quella che finora è stata la prassi, che, a conferma di quanto prima sottolineato, ha annullato di fatto la funzione di filtro dell'udienza preliminare basando la scelta conclusiva del g.u.p. sulla considerazione della possibilità, che il dibattimento avesse, di risolvere le "situazioni aperte" residue in udienza preliminare mediante mutamenti delle conoscenze acquisite attuabili attraverso ulteriori sviluppi istruttori, dalla

³⁴ Sulla regola di giudizio in esame, anche alla luce dei suoi lavori preparatori, cfr., tra gli altri: DE CARO, *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in *Dir. pen. e processo* 2021, 530 ss.; FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen* 2021, *passim*; MARZADURI, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti dellativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.la-legislazionepenale.eu, 25 gennaio 2022, 28 ss.; DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *Proc. pen. e giustizia* 2022, 88 ss.; AMODIO, *Filtro "intraeco" e filtro "estraeco" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio* in *Cass. pen. 2022*, 14 ss.; MADDALONI, *La sentenza di non luogo a procedere nella sua attuale definizione giurisprudenziale e nelle prospettive della "Riforma Cartabia"*, in www.diritto.it; PULVIRENTI, *Dalla 'Riforma Cartabia' una spinta verso l'efficienza anticognitiva*, in *Proc. pen. e giustizia* 2022, *passim*.

Sulla tematica, cfr., anche SCALFATI, *Giustizia penale e sistema produttivo: non prevalga solo l'idea di accorciare i tempi del processo*, in *Proc. pen. e giustizia* 2021, 506 ss.

³⁵ Lo si ricorda in AMODIO, *Filtro "intraeco" e filtro "estraeco" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, *cit.*, 14 ss.

³⁶ Vedi, per tutti, MADDALONI, *La sentenza di non luogo a procedere nella sua attuale definizione giurisprudenziale e nelle prospettive della "Riforma Cartabia"*, *cit.*, 1 ss.

realtà normativa dell'art. 425 comma 3 c.p.p. conseguita alla legge Carotti che è quella delineata in precedenza e propone un giudizio allo stato degli atti che rappresenta anche una previsione della possibile sentenza dibattimentale a patto che non intervengano modifiche in dibattimento della base del giudizio. Si è detto che una qualsiasi prognosi dell'utilità del dibattimento anche oggi dipende dall'analisi degli elementi a disposizione del g.u.p. in udienza preliminare e che in realtà la stessa dipende da un compiuto giudizio allo stato degli atti che verta sull'affermazione di colpevolezza basandosi sul materiale acquisito nella fase in esame senza che si abbiano poteri divinatori circa quanto possa emergere in dibattimento né che si possa tener conto della situazione - peraltro scontata - della modificabilità nella fase pubblica ed orale degli esiti conoscitivi del momento processuale in questione. Il rinvio a giudizio, perciò, anche oggi, a prescindere dalle affermazioni della prassi, deve basarsi su una previsione di condanna, ancorata, però - come si è già detto più volte -, ad un giudizio allo stato degli atti.

Bisogna, allora, specificare che, rimanendo inalterato contemporaneamente il rapporto tra il vaglio conclusivo del g.u.p. e quanto dispongono gli altri articoli sopra esaminati e, cioè, nella specie gli art. 421 comma 4, art. 421-*bis* e 422 c.p.p. - come emerge dal D. Lgs. 150/2022³⁷ - non muta nemmeno il tipo di ragionamento cui è chiamato il g.u.p. per scegliere tra non luogo a procedere e rinvio a giudizio.

Più specificamente, la funzione stabilizzatrice del contraddittorio dell'udienza preliminare anche alla luce della legge delega e del corrispondente decreto attuativo, se inerisce ai dubbi quantitativi, può condurre sia all'emergere di una prova positiva di colpevolezza o di innocenza, sia ad una situazione di mancanza, insufficienza e contraddittorietà delle prove. Come in passato, allora, anche oggi - in quanto è stato confermato il quadro normativo di cui alla delega - nei casi di prova positiva di innocenza ed in quelli di mancanza, insufficienza e contraddittorietà degli elementi a disposizione, il g.u.p., che in proposito avrà operato solo un controllo logico-formale delle prove lette alla luce delle sole proposte valutative dei contendenti, pronunzierà il non luogo a procedere.

³⁷ Cfr. Art 23 del *Decreto legislativo n. 150/ 2022 recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*

In proposito, non pare possa accogliersi l'opinione secondo cui in caso di persistenza di dubbio si debba disporre il rinvio a giudizio e non la pronuncia di non luogo a procedere. A sostegno di questa idea si è detto che siccome il "termine marcato" fissato dal legislatore riguarda la decisione di non luogo a procedere, il "termine consequenziale", ossia ciò che diventa operativo automaticamente nel caso in cui non si diano i presupposti del "termine marcato" sarebbe proprio il rinvio a giudizio; e ciò - stando all'opinione considerata - sarebbe proprio quanto accadrebbe se sussistendo dubbi - non importa se di natura quantitativa o di altro genere - non si realizzasse il "termine marcato", ossia il non luogo a procedere per mancanza di una previsione di condanna³⁸. Sennonché, quel che si contesta nell'orientamento citato è il fatto che in caso di dubbio - non importa se quantitativo e di marca assiologica - non si realizzerebbe il "termine marcato" del non luogo a procedere.

Infatti, siccome il non luogo a procedere viene ancorato al presupposto della impossibilità di prevedere ragionevolmente la condanna, non si vede perché questa situazione di mancanza di previsione della pronuncia sfavorevole definitiva del giudizio di primo grado debba per forza ancorarsi ad una prova positiva di innocenza e non agganciarsi all'esistenza di dubbi, a fronte dei quali comunque non si può ragionevolmente prevedere la condanna.

In merito, si consideri che siccome la condanna di primo grado in attuazione dell'art. 533 c.p.p. si può prevedere che si emani solo quando sia stato superato ogni ragionevole dubbio circa la colpevolezza, non si vede perché, trasponendo il relativo giudizio in udienza preliminare rendendolo allo stato degli atti - come è necessario fare perché altrimenti bisognerebbe in modo divinatorio tener conto delle modifiche istruttorie dibattimentali e l'udienza preliminare perderebbe la sua funzione di filtro -, non si possa sostenere che comunque non è ragionevolmente prevedibile la condanna se persistano allo stato degli atti in udienza preliminare dei dubbi. Evidentemente anche in siffatta situazione si realizza il presupposto del non luogo a procedere e, quindi, il "termine marcato".

³⁸ Vedi, in merito, FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità, cit., passim*. L'autore citato, peraltro, reputa che nel ritenere, in caso di dubbio, necessario il non luogo a procedere, l'orientamento da lui criticato confonda il concetto di regola di giudizio con quello di presupposto della pronuncia. Sennonché, si può sostenere che il concetto di regola di giudizio è comunque strettamente legato alla ricorrenza dei presupposti del giudizio e, quindi, della pronuncia anche se, poi, nell'idea di regola di giudizio entra pure il criterio logico della distinzione - proposta dall'autore - tra "termine marcato" e "termine consequenziale".

Peraltro, a ciò bisogna aggiungere che al sindacato sui dubbi quantitativi si affianca l'altro sui dubbi assiologici.

In ordine a questi ultimi, se si tratta di incertezze che non attengano ai casi limite in cui non è evidente il tipo di attuazione del concetto elastico – di diritto sostanziale o processuale – che abbia generato l'incertezza, il g.u.p. manterrà il profilo di organo che giudichi sulle evidenze operando solo un controllo logico-formale. Nella specie, però, non potrà emergere una mancanza, insufficienza o contraddittorietà delle prove – per quanto si è detto a proposito del rapporto biunivoco che le accennate nozioni mantengono con i dubbi quantitativi – ed attraverso un'applicazione in via analogica di fattispecie relative a casi simili in termini sempre di ragionamento certo e, quindi, logico-formale, si potrà ottenere in tutte le eventualità la prova positiva della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato.

Solo quando oggetto della valutazione – negli spazi residuati all'analisi dei limiti tipici non assiologici delle fattispecie di diritto sostanziale o processuale e, quindi, residuati al vaglio di dubbi di marca quantitativa – siano incertezze assiologiche relative ai casi di confine delle situazioni attuative dei concetti elastici venuti in risalto, il sindacato del giudice diventa probabilistico e produrrà l'applicazione in via analogica di una fattispecie che conduca alla prova positiva di innocenza o di colpevolezza e non anche alla determinazione di una situazione di mancanza, insufficienza o contraddittorietà di prove.

Il suddetto controllo sui dubbi assiologici dei casi limite inerisce, nondimeno, alla previsione di quella che allo stato degli atti sarebbe l'affermazione sulla colpevolezza, per cui anche se muta il modulo di razionalità che si applica nell'operare il vaglio, pure nella segnalata prospettiva si emanerà il non luogo a procedere esclusivamente quando non sia prevedibile la condanna, sebbene, come si è detto, alla luce di un giudizio probabilistico allo stato degli atti.

Tutto quanto affermato non toglie che il giudizio *rebus sic stantibus* operato in udienza preliminare, quando si acceda al dibattimento attraverso il rinvio a giudizio potrebbe pesare come una notevole ipoteca a sfavore dell'imputato in vista della pronuncia finale dibattimentale³⁹, per cui sarebbe meglio imma-

³⁹ In tal senso, tra gli altri, già con riferimento alla disciplina scaturita dalla Legge Carotti cfr. PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, cit., *passim*.

Rispetto alla disciplina connessa alla Riforma Cartabia, nella stessa direzione: FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, cit., 1 ss.; MARZADURI, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti dell'ativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo*

ginare un cambiamento più radicale di tutto il sistema processuale in direzione di quello che in altra sede si è definito processo penale monofasico⁴⁰. Inoltre, a fronte del carattere probabilistico del sindacato sui dubbi assiologici e del conseguente margine di arbitrarietà del connesso riscontro basato sul ragionamento analogico di cui si è detto, solamente l'attribuzione - in alternativa e *de iure condendo* - della risoluzione delle accennate incertezze all'organo politico-giurisdizionale denominato in altra sede "giuria elettiva di esperti" può consentire di orientare la decisione in merito e di indirizzare - per i casi futuri rispetto a quello trattato - lo scioglimento dell'accennato tipo di dubbi verso la dimensione della cognizione secondo un criterio di quantità che sarebbe reso possibile dalla tipizzazione politico.

penale, *cit.*, 28 ss.; DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, *cit.*, 1 ss.; AMODIO, *Filtro "intraeco" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, *cit.*, 14 ss.; MADDALONI, *La sentenza di non luogo a procedere nella sua attuale definizione giurisprudenziale e nelle prospettive della "Riforma Cartabia"*, *cit.*, 1 ss.;

⁴⁰ In proposito, cfr. MENNA, *Il processo penale monofasico*, Torino, 2020, *passim*.