

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA IN

PROCEDURA PENALE

GIUDICE DELLA "NUOVA" UDIENZA PRELIMINARE

E

"FUNZIONE DEL PROCESSO"

RELATORE

Prof.ssa MARZIA FERRAIOLI

CANDIDATO

FERDINANDO G. DI MEO

Matr. 11/33626

ANNO ACCADEMICO 2001 - 2002

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA IN

PROCEDURA PENALE

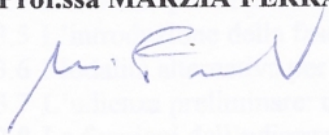
GIUDICE DELLA "NUOVA" UDIENZA PRELIMINARE

E

"FUNZIONE DEL PROCESSO"

RELATORE

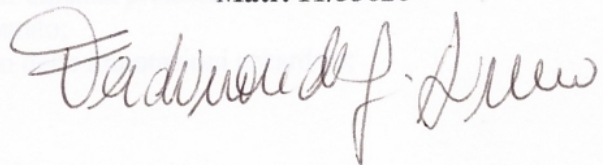
Prof.ssa MARZIA FERRAIOLI



CANDIDATO

FERDINANDO G. DI MEO

Matr. 11/33626



ANNO ACCADEMICO 2001/2002

Indice sommario

INTRODUZIONE

- I Sistema accusatorio, inquisitorio, misto;
- II Processo gerarchico e processo paritario: critica; funzione del processo;
- III Matrice ideologica e funzione del processo.

CAPITOLO 1

La separazione delle fasi: indice dell'accusatorietà del sistema e premessa alla verifica del ruolo dell'udienza preliminare.

- 1. L'accusatorietà del codice del 1988;
- 2. Rapporto fatto-giudizio e problemi di qualificazione;
- 3. La separazione delle fasi;
- 4. Il regime del doppio fascicolo.

CAPITOLO 2

Giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare.

- 2.1 Udienza preliminare e giudice dell'udienza preliminare;
- 2.2 Carattere polifunzionale del giudice per le indagini preliminari;
- 2.3 Giudice dell'udienza preliminare: problemi d'incompatibilità.

CAPITOLO 3

L'udienza preliminare nel vecchio e nel nuovo regime.

- 1. Il processo penale: mezzo o fine?
- 2. L'udienza preliminare nell'*iter* della riforma;
- 3. L'udienza preliminare nella legge delega del 1987;
- 4. L'udienza preliminare nel codice del 1988: linee sistematiche;
- 5. L'introduzione della fase;
- 6. Modalità alternativa per l'introduzione dell'udienza preliminare;
- 7. L'udienza preliminare: un diritto dell'imputato;
- 8. Le funzioni dell'udienza preliminare: filtro delle imputazioni azzardate;
- 9. Problemi ulteriori sull'art. 425 c.p.p.;
- 3.10 Funzione di garanzia: a) la *discovery*;
- 3.11 *segue*: b) la scelta dei riti differenziati;
- 3.12 *segue*: c) l'attuazione del diritto alla prova;
- 3.13 La riforma del codice di procedura penale;
- 3.14 L'estensione dell'applicabilità dell'udienza preliminare;
- 3.15 Udienza preliminare o predibattimentale?
- 3.16 La nuova udienza preliminare: a) la *discovery* anticipata del nuovo art. 415 *bis* c.p.p.;
- 3.17 *segue*: b) la costituzione delle parti e gli adempimenti successivi;
- 3.18 *segue*: c) la discussione e l'integrazione delle indagini;

- 3.19 *segue*. d) la nuova fisionomia dell'udienza preliminare tra integrazione delle indagini ed attività d'integrazione probatoria;
- 3.20 *segue*: e) il nuovo art. 422 c.p.p.;
- 3.21 *segue*: f) la nuova regola di giudizio;
- 3.22 *segue*: g) la nuova disciplina del giudizio abbreviato e del patteggiamento.

CAPITOLO 4

La legge processuale tra difesa sociale e garanzia per l'imputato.

1. La funzione del processo, specchio dei valori fondamentali.

INTRODUZIONE

I. *Sistema accusatorio, inquisitorio, misto.*

Gli ordinamenti contemporanei non offrono una risposta univoca rispetto all'esigenza fondamentale, propria d'ogni società, di prevedere adeguati strumenti procedurali, da attivare a fronte di un'ipotesi di reato, per accertare la concretizzazione della fattispecie astratta prevista dalla legge, a tutela d'interessi sia di natura privatistica od individuale, sia di natura pubblicistica o superindividuale.

Difatti, a seconda dei valori fondamentali e dell'ideologia che caratterizzano un determinato contesto storico e sociale, la reazione dell'ordinamento tende a conformarsi secondo molteplici tipologie. Volendo prescindere in questa sede da un'analisi storico-ricostruttiva circa le origini dei diversi sistemi processuali, è subito possibile portare l'attenzione sulla tradizionale distinzione che li caratterizza.

Si è soliti parlare, infatti, con riferimento alle differenti tecniche processuali¹, di *sistema accusatorio* e di *sistema inquisitorio*. Una terza variabile sarebbe costituita dal c.d. *sistema misto*.

In verità, rispetto ai primi due, almeno nell'esperienza giuridica contemporanea, non è configurabile una radicale contrapposizione. Pur nella più o

¹ Si utilizza in questa sede l'espressione "processo" o "processuale" per ora in senso non tecnico, per puri intenti esplicativi. Ci si riserva di specificarne più avanti nella trattazione il significato precipuo e le caratteristiche peculiari rispetto a termine "procedimento".

meno accentuata distinzione dei caratteri fondamentali, infatti, la storia del processo penale ha portato a varie soluzioni intermedie, che combinano i caratteri di entrambi, con un'incidenza maggiore dei principi ora dell'uno, ora dell'altro sistema.

A conferma di ciò, la dottrina² distingue tra *modelli* di stampo inquisitorio e *modelli* di impronta accusatoria. Questa differenziazione, apparentemente solo terminologica, esprime invece l'idea che i due sistemi fondamentali abbiano con il tempo finito per costituire il punto di riferimento dei vari legislatori, che pur optando tendenzialmente, in virtù di una precisa scelta ideologica, per l'uno o per l'altro, non hanno dato vita a sistemi per così dire puri, ma piuttosto a sistemi caratterizzati dalla commistione dei caratteri di entrambi i tipi base, limitandosi a dare solo una prevalente e tendenziale impostazione accusatoria od inquisitoria. Emerge da queste considerazioni l'idea del *tertium genus*, vale a dire il c.d. sistema misto.

Prima di soffermarsi su ciò, è però necessario, sia pure sinteticamente, delineare i caratteri del sistema accusatorio e di quello inquisitorio. Tuttavia, nella consapevolezza che la trattazione di queste tematiche, se eccessivamente ampliata, finirebbe con l'esulare dai confini specifici di questa ricerca, ci si dovrà limitare a fornire delle indicazioni di carattere generale, propedeutiche alla comprensione degli argomenti successivamente trattati.

² A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 1997, 18; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1999, 6 ss.

I caratteri dei due sistemi processuali fondamentali sono stati efficacemente sintetizzati da autorevole dottrina³, che ha individuato come elementi salienti del sistema accusatorio:

- 1) la distinzione tra giudice ed accusatore, nel senso che il potere d'iniziativa spetta a soggetto diverso dal giudice;
- 2) l'assoluta parità di diritti e di poteri tra accusatore ed imputato, nella ricerca dei mezzi di prova da sottoporre alla valutazione del giudice;
- 3) la pubblicità dell'intero procedimento;
- 4) l'oralità di quest'ultimo, che implica la formazione della prova innanzi al giudice e quindi, l'assenza di ogni intermediazione;
- 5) l'esclusione di poteri probatori *ex officio* per il giudice, sia a carico che a discarico;
- 6) l'esclusione della possibilità di limitazioni alla libertà personale dell'imputato prima della sentenza definitiva.

Il sistema inquisitorio, invece, poggia su opposti postulati:

- a) l'attribuzione allo stesso organo della funzione inquirente e della funzione giudicante e quindi, attribuzione al giudice del potere di ricercare la prova;
- b) la segretezza del procedimento e la conseguenziale impossibilità per l'imputato di parteciparvi;
- c) l'adozione del metodo della scrittura nell'assunzione delle prove;

³G. CONSO, "Accusa e sistema accusatorio", Enciclopedia del diritto, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1958; 334 ss.

- d) la disparità tra giudice-inquisitore e imputato nella ricerca delle fonti di prova;
- e) la previsione della carcerazione preventiva dell'imputato.

L'individuazione dei dati caratteristici fondamentali dei due sistemi, accusatorio ed inquisitorio, così come sinteticamente delineata, è sostanzialmente condivisa dalla dottrina più o meno recente⁴. Si ribadisce, tuttavia, che la contrapposizione ha un valore meramente astratto. Difatti, la storia del processo penale è caratterizzata da ordinamenti che presentano elementi tipici sia del sistema accusatorio sia di quello inquisitorio. Ne deriva che la maggior parte degli ordinamenti è di tipo misto. Ciò dimostra che “i due sistemi sono nient'altro che dei modelli; essi vengono ricavati come astrazione, a partire da alcuni caratteri reali che sono riscontrabili in un determinato ordinamento”⁵.

Non pare invece possibile, come pure parte della dottrina fa, individuare caratteri tipici del c.d. sistema misto. Esso, infatti, come accennato, è una combinazione di accusatorietà ed inquisitorietà. Ciò evidentemente può avvenire secondo criteri e modalità variabili, dando luogo ad ordinamenti processuali che ogni volta si atteggiavano in modo differenziato, in relazione alla preminente funzione che il legislatore intende assegnare al processo penale. Per cui si è

⁴ G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1983, 8 ss.; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1997, 5 s.; A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 18 ss.; G. TRANCHINA, “*Il processo penale e le sue caratteristiche*”, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1996, 37 ss.

⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 7.

osservato che “se è vero che col nome di sistema accusatorio e di sistema inquisitorio si designano due tipi ideali contrapposti, qualunque scostamento dal modello, dà luogo ad un processo misto, indipendentemente dal modo in cui gli elementi dei due sistemi sono combinati”⁶. Sul piano classificatorio la conseguenza che ne discende è che tutti gli ordinamenti processuali contemporanei possono essere definiti “misti”, proprio perché spurii, cioè non esclusivamente accusatori od inquisitori, ma variamente combinati, in uno spettro amplissimo di gradazioni, che portano, inevitabilmente, ad una qualificazione solo in termini di prevalenza. Si rende quindi necessario portare l’attenzione sulle peculiarità dei singoli casi.

Il codice italiano di procedura penale, del 1930 (c.d. Codice Rocco), costituì un esempio di sistema misto. In verità tale qualificazione non va al di là del profilo puramente formale. Nella Relazione al codice, il ministro Rocco dichiarava di voler realizzare, un “giusto equilibrio” tra gli interessi dello Stato (difesa sociale) e quelli dell’imputato (garanzia di un equo giudizio). Nella pratica, tuttavia, finì con il prevalere la prima esigenza, il che era perfettamente coerente con l’autoritarismo del regime fascista. Nel codice abrogato, infatti, la commistione dei due modelli si basava sull’idea che i fatti dovessero essere accertati secondo criteri inquisitori, attraverso l’istruzione, e valutati con metodo accusatorio, nel corso del dibattimento.

⁶ G. ILLUMINATI, “*Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*”, Enciclopedia giuridica, vol. I, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, Roma, 1988, 2.

Questa soluzione era dovuta alla convinzione che *l'accertamento* non comportasse apprezzamenti opinabili, e perciò esso era affidato all'attività del giudice istruttore o del magistrato del pubblico ministero (secondo le differenti ipotesi dell'istruzione formale o dell'istruzione sommaria), chiamati a ricostruire la verità dei fatti; la *valutazione* dei fatti poteva invece giovare del confronto dialettico tra le parti. Questo sistema era però fondato su un'errata premessa metodologica, determinata "dall'equivoco di un'autonomia di fasi, tra loro invece necessariamente interdipendenti"⁷. L'autonomia delle fasi, caratteristica del sistema accusatorio, presuppone l'originalità del processo, che non deve essere pregiudicato da quanto avvenuto nelle fasi anteriori, in modo che il giudice possa formare il suo convincimento scevro da ogni condizionamento. Nel sistema "misto" del codice previgente, invece, accertata la verità dei fatti nel corso dell'istruzione, al giudice non rimaneva altro da fare che effettuare un controllo dei dati probatori già acquisiti nella fase precedente, i cui risultati quindi si riverberavano sull'esito finale del giudizio, che ne rimaneva irrimediabilmente condizionato. Pertanto, solo apparentemente nel corso del dibattimento si rispettavano i canoni dell'accusatorietà, perché la parte decisiva del procedimento si era già svolta, ponendo le premesse della decisione del giudice, per lo più in assenza di partecipazione difensiva. Solo formalmente, quindi, il sistema era misto, mentre nella sostanza prevalevano le caratteristiche del sistema inquisitorio.

⁷ A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 22.

Nonostante l'inserimento nel corso del tempo di spazi di partecipazione difensiva nella fase anteriore al dibattimento, questa continuava a porsi come il baricentro reale dell'intero processo.

II. *Processo gerarchico e processo paritario: critica; funzione del processo.*

Una sia pur sommaria descrizione della morfologia del processo penale, nelle sue diverse manifestazioni, non può tuttavia omettere di fare cenno ad una diversa impostazione metodologica nella costruzione della dicotomia accusatorio–inquisitorio. Quest'impostazione assume come premessa l'impossibilità di individuare validamente una distinzione sulla base della sola esperienza storica. Tradizionalmente, infatti, la contrapposizione è imperniata sulla logica delle coppie di opposti: pubblicità–segretezza, oralità–scrittura, *ecc.* Si è fatto tuttavia notare⁸ che il significato degli elementi caratterizzanti ciascuno dei due sistemi è dato per implicito, in quanto non chiarito preventivamente. La conseguenza che ne deriva è l'indeterminatezza della definizione fornita, dovuta alla variabilità del significato attribuibile ai principi conformatori. Ciò per altro non impedisce di identificare i presupposti di fondo, che portano a definire il rito inquisitorio come “una macchina che può produrre la verità in assenza dell'accusato”, ed il rito accusatorio come

⁸ G. PIERRO, “*Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*”, Digesto (disc. pen.), vol. XIII, Utet, Torino, 1997, 323.

“lotta tra due parti di fronte ad un terzo”. Ma al di là di questa caratterizzazione fondamentale, inizia l’incertezza.

Questa prospettiva porta autorevole dottrina⁹ a ricostruire la tradizionale dicotomia inquisitorietà–accusatorietà secondo una diversa logica. Si è evidenziato che “i minimi comuni denominatori di entrambi i sistemi sono instabili e continuamente mutevoli”¹⁰. Ne deriva che chi segue l’impostazione tradizionale si può limitare solo a fornire esempi di sistemi inquisitori od accusatori, e non riesce ad articolare precisi schemi processuali ed istituzionali. In una diversa logica, invece, accusatorietà ed inquisitorietà diventano il fondamento di due modelli astratti e puri di processo, espressioni di diverse concezioni dell’organizzazione della giurisdizione, che a loro volta riflettono una diversa struttura del potere politico-istituzionale. Si delineano così¹¹ un *modello gerarchico* ed un *modello paritario*. Nel primo la funzione giurisdizionale è esercitata da professionisti, inquadrati in un apparato burocratico organizzato secondo precisi criteri di subordinazione e sovraordinazione¹², e le decisioni sono rigidamente ispirate a

⁹ M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di A. Giussani e F. Rota, Il Mulino, Bologna, 1991; edizione originale: *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.

¹⁰ M.R. DAMASKA, *op. cit.*, cit., 32.

¹¹ M.R. DAMASKA, *op. cit.*, cit., 49 ss.

¹² Nonostante l’interesse di questa ricostruzione, al di là dell’approccio puramente teorico, forti perplessità sorgono sulla rappresentazione in termini gerarchici dell’ordine giudiziario. Ciò sarebbe in contrasto con un precetto fondamentale della Costituzione, secondo cui “i magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni” (art. 107, comma 4 Cost.), precetto questo che tende a garantire l’indipendenza del magistrato, che può essere compromessa non solo da condizionamenti esterni, da parte del potere politico, ma anche da condizionamenti interni, dovuti a vincoli di subordinazione gerarchica.

criteri di natura tecnica. Nel modello paritario, invece, la funzione giurisdizionale è affidata a privati, per un limitato periodo di tempo, e lo *ius dicere* si esplica “applicando criteri indifferenziati della comunità”, cioè di giustizia sostanziale.

La diversa organizzazione giudiziaria porta a delineare un *processo gerarchico* ed un *processo paritario*¹³. Nel processo gerarchico (la cui matrice teorica, sia pure in termini più ampi, è quella del modello inquisitorio), un apparato giudiziario organizzato in maniera professionale e secondo un ordine ascendente o verticale, comporta la pluralità degli organi giudicanti, con una molteplicità di fasi, in cui l’organo sovraordinato procede ad un controllo gerarchico della decisione presa nella fase antecedente; da ciò consegue, inevitabilmente, la centralità del fascicolo, rappresentativo di quanto avvenuto in precedenza.

Al contrario, nel processo paritario (per il quale, semplificando, si può assumere come parametro di riferimento il modello accusatorio) l’esigenza di una pluralità di fasi viene meno. Gli organi giudicanti, reclutati per un limitato periodo di tempo, non sono ordinati gerarchicamente; lo svolgimento delle attività processuali s’identifica integralmente con il giudizio e quindi con lo svolgimento del dibattimento. E’ esclusa la necessità del fascicolo della causa e valore privilegiato assume la prova orale.

Strutture così diverse presuppongono, evidentemente, assoluta eterogeneità delle funzioni e degli obiettivi, portato, le une e gli altri, di un determinato assetto

¹³ M.R. DAMASKA, *op. cit.*, cit., 97 ss.

politico. Sinteticamente essi possono essere individuati, per il processo gerarchico, nella ricerca della verità, in funzione della rigida attuazione delle norme di condotta, predisposte dall'ordinamento giuridico statale e rispondenti ad un determinato indirizzo politico; e nella composizione della lite tra le parti, per il processo paritario.

Pur apprezzabile per alcuni versi¹⁴, la concezione appena illustrata si presta a molteplici obiezioni. Se ne possono individuare alcune.

Innanzitutto, come accennato, non è accettabile l'idea che l'articolazione per gradi di giurisdizione s'identifichi con un controllo gerarchico. Anche a prescindere da altre considerazioni, ciò contrasterebbe, per quanto riguarda l'esperienza italiana, con il dettato Costituzionale e più in generale con i principi della moderna civiltà giuridica, che postulano l'autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario. E' stato inoltre osservato¹⁵ che teorizzare una giurisdizione rigidamente rivolta all'attuazione delle scelte politiche dello Stato, ed addirittura configurare la legge e l'apparato giudiziario come uno strumento di prevaricazione e di oppressione dell'individuo in funzione della ricerca della verità, costituisce un'opzione non suscettibile di attuazione se non in un ordinamento totalitario, e quindi, nella società contemporanea, di limitata rilevanza.

¹⁴ Soprattutto per quanto riguarda la sottolineatura del profilo funzionale del processo penale.

¹⁵ G. PIERRO, "*Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*", cit., 327.

Per quanto riguarda invece il processo paritario, esso è raffigurato in termini di contenzioso tra le parti. Quest'idea è criticabile almeno per due ragioni. Innanzi tutto, essa induce a pensare che il processo penale è cosa che riguarda solo l'imputato e la parte lesa, mentre è del tutto evidente che anche quando la fattispecie di reato è posta primariamente a tutela di un interesse individuale, la sua concretizzazione lede anche un interesse della collettività. In secondo luogo, la descrizione del processo come uno strumento rivolto alla composizione della lite, fa pensare che qualsiasi soluzione sia accettabile, eventualmente anche una ricostruzione del tutto falsa. L'accertamento della verità dei fatti, rimesso alle parti (nel senso che da esse dipende sia la definizione dell'oggetto della controversia, sia la formazione della prova), diventa del tutto secondario, ed il giudice si limita ad un controllo della correttezza della contesa. Non è da escludere pregiudizialmente che un ordinamento processuale possa operare una tale opzione, ma essa non trova posto nel sistema processuale italiano, che pure è tendenzialmente accusatorio. La dottrina ha già evidenziato come il principio dispositivo, caratterizzante il processo civile, non sia compatibile con il processo penale. Così, in tema di ammissione dei mezzi di prova (art. 190 c.p.p.vigente), si è escluso¹⁶ che la formulazione della norma possa indurre a ritenere che il legislatore abbia introdotto nel processo penale un principio di disponibilità delle prove, analogo a quello desumibile dall'art. 115 c.p.c.; "se la disponibilità è esercizio di un diritto, essa contempla

¹⁶ A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 185.

anche l'eventualità del non esercizio; un diritto disponibile è quello che si è liberi di esercitare oppure no. Ciò vuol dire che disporre della prova equivale a non produrla nel giudizio. Questa conclusione non è assolutamente prospettabile per il processo penale, che esprime la massima oggettività della giurisdizione”.

Del resto, anche più in generale, la dottrina ha decisamente escluso un rapporto di necessaria correlazione tra principio dispositivo e principio accusatorio, in quanto un sistema processuale può essere definito accusatorio anche se non rigidamente ispirato al principio dispositivo¹⁷. La stessa Corte costituzionale, in diverse pronunce sull'art. 507 c.p.p., ha ripetutamente escluso che il presunto carattere eccezionale del potere ivi conferito al giudice (e quindi da escludere in caso di decadenza od inattività delle parti), discenda dall'immanenza nel codice, come conseguenza della scelta accusatoria, di un principio dispositivo in materia di prova. La Corte afferma¹⁸ che fine essenziale del processo penale è quello della ricerca della verità; il modello accusatorio è stato prescelto perché ritenuto maggiormente idoneo alla piena conoscenza dei fatti, non come strumento idoneo a condurre ad una verità puramente formale. L'obiettivo non è una soluzione purché sia, ma un accertamento quanto più possibile corrispondente alla realtà dei fatti. Il perseguimento di questo scopo sarebbe ostacolato da norme processuali che

¹⁷ A titolo puramente esemplificativo: G. ILLUMINATI, *“Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”*, cit., 2; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 10.

¹⁸ C. Cost. 26 marzo 1993, n. 111.

impediscono l'accertamento del fatto storico, necessario per giungere ad una giusta decisione¹⁹.

Pur con il dovuto rispetto verso il Giudice costituzionale, si può tuttavia far notare che l'equazione funzione del processo-accertamento della verità non può essere accettata *sic et simpliciter*. Se è certamente vero che il principio dispositivo non è compatibile con le caratteristiche peculiari dell'accertamento penale, quell'equazione potrebbe portare a sottovalutare l'altra tematica, inscindibilmente connessa allo svolgimento del processo penale, vale a dire la funzione di garanzia dell'imputato. D'altra parte, si deve far presente come la stessa Corte, partendo dalla medesima premessa, abbia spesso finito per ridimensionare l'originaria impronta accusatoria del nuovo codice, in nome del principio di non dispersione delle prove, che ha per esempio portato alle ripetute e discutibili sentenze sull'art. 513 c.p.p.²⁰, fino al definitivo intervento del legislatore, che con la l. cost. n.2 del 23/11/99, ha attribuito rilievo costituzionale ai principi del "giusto processo".

III. *Matrice ideologica e funzione del processo.*

Da quanto fin'ora detto, emerge chiaramente come il tema centrale sia quello della funzione che, in un dato ordinamento, s'intende assegnare al processo penale.

¹⁹ F. PLOTINO, *Il dibattito nel nuovo c.p.p.*, Giuffrè, Milano, 1994, 138.

²⁰ Si può ricordare in proposito la contestata sent. n. 361 del 26 ottobre - 2 novembre 1998, pubblicata in *G.U. n. 44 del 4 novembre 1998, serie speciale*. In essa a pag. 28, testualmente la Corte afferma: "[...] sul piano costituzionale viene inoltre in gioco la funzione del processo penale, che è strumento non disponibile dalle parti, destinato all'accertamento giudiziale dei fatti di reato, e delle relative responsabilità. Tale funzione non può essere utilizzata per attenuare la tutela, piena ed incoercibile, del diritto di difesa, coesistente allo stesso processo. Sono invece censurabili, soluzioni normative che non essendo essenziali per realizzare le garanzie di difesa, pregiudichino la funzione del processo".

L'opzione è strettamente dipendente dal substrato culturale ed ideologico che caratterizza un determinato ambiente sociale, e, conseguentemente, l'apparato politico-istituzionale che n'è l'espressione.

In termini generali, si può dire che l'alternativa è tra “difesa sociale” e “garanzia dell'imputato”. E' intorno a queste due opzioni di base che si articola la tendenziale accusatorietà ed inquisitorietà dei sistemi processuali contemporanei. Per altro, così come il sistema accusatorio ed il sistema inquisitorio non vanno rappresentati, per quanto visto in precedenza, come tecniche processuali irriducibilmente contrapposte (se non su di un piano puramente teorico), ma come metodologie di accertamento che possono variamente combinarsi, allo stesso modo, sul piano funzionale, non è opportuno prefigurare una dogmatica inconciliabilità tra due esigenze, che pur possono trovare punti di confluenza, che permettano di realizzarle entrambe, sia pure in misura più o meno ampia. La scelta “politica” del legislatore sta appunto nell'individuazione del punto d'equilibrio.

Se la matrice ideologica di un ordinamento è di tipo autoritario, scarsamente attenta all'esigenza di difesa dei diritti fondamentali, l'obiettivo sarà esclusivamente la ricerca della verità, sminuendo, consapevolmente o meno, il ruolo della difesa nel corso del procedimento, ed assegnando una posizione predominante al pubblico inquisitore-accusatore, le cui determinazioni, i cui orientamenti, comprometteranno in maniera irrimediabile l'obiettività e l'imparzialità dell'accertamento. Un rilievo preminente acquista l'accertamento

della verità dei fatti; ma tale orientamento, assume un valore puramente demagogico, perché è del tutto evidente che il risultato non sarà la verità assoluta, ma solo una ricostruzione unilaterale, che non si potrà giovare del confronto dialettico tra le parti e del contributo che esse potrebbero fornire nella vicenda processuale.

Correttamente è stato detto²¹ che “un regime politico totalitario trova nel sistema inquisitorio lo strumento di potere più efficace [...]; la mancanza di contraddittorio è uno strumento efficace per realizzare ogni arbitrio e per creare una verità di Stato [...]; al limite non interessa che il condannato sia colpevole, perché potrebbe anche essere innocente; l’importante è il messaggio che viene diffuso”. Al contrario, il sistema accusatorio è proprio di un ordinamento garantista; il giudice deve limitarsi ad accertare, imparzialmente, se l’imputato è colpevole o meno; per garantire la terzietà del giudice sono previste ampie garanzie, e l’esercizio della funzione è sottratto a condizionamenti politici.

Sarebbe tuttavia errato ritenere che certe degenerazioni siano caratteristica esclusiva di un assetto politico totalitario. Questa rappresentazione descriverebbe una realtà che ha una limitata rilevanza e che comunque, è, o è stata, espressione d’involuzioni patologiche (o d’insufficienti livelli di civiltà giuridica) rispetto agli *standards* occidentali. Al contrario, anche in sistemi che possono definirsi democratici, spesso spinte demagogiche finiscono per portare a scelte legislative

²¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 14.

poco coerenti con i valori di fondo, in una logica puramente emergenziale. Anche quando si proclama solennemente l'impostazione accusatoria, il paravento della maggiore efficienza porta a rinunciare, sminuire o comunque a mettere in discussione taluni principi cardine²², quasi che la salvaguardia ed il rispetto di precise garanzie procedurali sia sempre e comunque un ostacolo all'accertamento della verità. Il che può essere anche parzialmente vero quando un "eccesso di garanzia" si traduce in formalismo giuridico, ma non sempre giustifica il pragmatismo.

Se dunque, assumendo come essenziali parametri di riferimento la Costituzione e le convenzioni internazionali, occorre prestare la necessaria attenzione alle garanzie individuali, senza far diventare il processo uno strumento di prevaricazione dell'individuo, ciò tuttavia non può voler dire metter in secondo piano la stessa ragion d'essere della legge processuale penale, ossia accertare se un reato è stato commesso, se l'imputato n'è l'autore, se sia punibile, ed in caso positivo quale debba essere la pena.

Sul piano teorico la composizione tra le due opzioni fondamentali è stata operata dalla dottrina²³ distinguendo tra *funzione del processo* e *oggetto del procedimento*. Il procedimento penale ha ad oggetto un fatto, per accertare la sua

²² Senza voler troppo generalizzare, si può ritenere che questa descrizione rispecchi efficacemente quanto avvenuto in Italia dopo l'entrata in vigore del nuovo c.p.p., con diversi interventi legislativi e della Corte costituzionale, la cui coerenza con i principi di un sistema accusatorio è quanto meno discutibile.

²³ A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 27.

rilevanza penale e la sua punibilità; il processo svolge una funzione di garanzia. Il significato di tale distinzione sarà meglio specificato nel corso della trattazione; per ora ci si può limitare ad osservare che essa, pur efficace, esprime, già di per sé, una precisa scelta ideologica e sistematica, quella riferibile o che almeno dovrebbe essere riferibile al sistema processuale vigente in Italia. Diversamente, se la tematica della funzione del processo è esaminata con riguardo alla vasta fenomenologia del processo penale, e non solo in Italia, come pure si è tentato di fare in questa sede, sia pure in termini generali, emerge una possibile pluralità di scelte di fondo, e di assetti, non sempre con esse coerenti.

Se invece si limita il discorso entro i confini nazionali, un modo, forse originale, per rappresentare due diversi modi di intendere la giustizia, ed i rapporti tra cittadino e Stato, è quello che, estremizzando, li riduce entrambe, patologicamente, ad espressione di opposti corporativismi. Da un lato l'ordine giudiziario, che ammanta di efficientismo processuale rivendicazioni che spesso nascondono da assai meno nobili lotte di potere, in senso "politico", giudiziario e mediatico, mentre occorre, invece, concedere maggiore spazio alle professionalità ed alle capacità tecniche e gestionali, lasciando definitivamente da parte aspirazioni di protagonismo politico dei magistrati, dell'una o dell'altra parte. Dall'altro lato, l'avvocatura, spesso propensa ad utilizzare cavilli, inefficienze ed inadeguatezze

del sistema giudiziario per le proprie contingenti esigenze processuali²⁴, senza trascurare, al pari della parte avversa, di utilizzare la giustizia come strumento di lotta politica.

In conclusione, è necessaria una svolta che partendo dalla premessa della distinzione concettuale tra funzione del processo ed oggetto del procedimento, conduca ad un moderno sistema giudiziario, capace di assicurare una “efficienza garantita”. Nessuna legge, nessuna “novella” più o meno ampia potrà mai realizzare questo obiettivo, correndosi anzi il rischio di interventi contraddittori e non rispettosi della proclamata accusatorietà, che finiscono per peggiorare lo stato di fatto; con in più un’aggravante che conferma il valore demagogico di molte pseudo riforme, e cioè la non rara pretesa della innovazione senza costi, che si traduce in riforme spesso solo cartacee. In realtà, si tratta primariamente, anche se non esclusivamente, di una questione culturale.

Queste considerazioni non possono portare ad escludere pregiudizialmente ogni intervento legislativo volto a migliorare il sistema, nella sua coerenza ed efficienza, pur nella consapevolezza che uno dei problemi centrali è quello del più razionale sfruttamento delle risorse umane e materiali, oltre, naturalmente, quello

²⁴ Il che è formalmente lecito, ed anzi rientra nella logica del sistema, ma riflette la necessità di svolte veramente radicali nell’amministrazione della giustizia, che finalmente possano far superare gli abusi, sia nell’una che nell’altra direzione.

di una più realistica previsione dei costi della giustizia²⁵. Ciò che invece s'intende sostenere è che non possono essere che stigmatizzate leggi di riforma che rappresentano un infausto passo in dietro rispetto ai valori dell'accusatorietà, irrinunciabili per una moderna società democratica. Il sistema, sia pure solo tendenzialmente accusatorio, costituisce non solo una scelta ideologica, ma lo strumento migliore per una più approfondita conoscenza dei fatti, nel contraddittorio delle parti. Il rispetto dei diritti individuali non può essere considerato un intralcio, ma un'indiscutibile conquista di civiltà. Vanno quindi non ridotte²⁶, ma rafforzate le garanzie, laddove dovessero essere carenti, senza tuttavia allungare ulteriormente i tempi del procedimento, il che produrrebbe una vera e propria paralisi; un obiettivo difficile, ma realizzabile, in un quadro generale come quello che qui si è tentato di delineare.

In quest'ottica sarà esaminata la tematica della "funzione del processo", ma da un angolo visuale ristretto, vale a dire quello dell'udienza preliminare; ciò per verificare in che modo la legge 479/99 (c.d. legge Carotti)²⁷, di riforma al codice,

²⁵ Si tratta di un'esigenza scarsamente avvertita dal legislatore, ma verso la quale gli operatori della giustizia e la stessa dottrina hanno da sempre richiamato l'attenzione. Così, quando ancora era in corso l'iter per l'approvazione del nuovo codice, autorevolmente si osservò che "l'attuazione del nuovo assetto processuale abbisogna di indispensabili sostegni esterni: potenziamento delle strutture, riorganizzazione dell'ordinamento giudiziario, alta professionalità degli operatori [...]". Puramente illusoria è l'idea che la riforma del processo penale possa essere attuata senza ulteriori costi (G. RICCIO, *Studi sul processo penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, 268).

²⁶ Strada questa sicuramente più semplice, ma che prescinde da una visione organica e complessiva dei problemi della giustizia.

²⁷ "Modifiche al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica ed altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario; disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace, e di esercizio della professione forense", G.U. del 18/12/1999, n. 296, serie generale.

abbia portato eventualmente a snaturare la funzione del processo, attraverso la nuova disciplina dell'udienza preliminare, in contraddizione con l'originaria scelta accusatoria.

CAPITOLO PRIMO

La separazione delle fasi: indice dell'accusatorietà del sistema e premessa alla verifica del ruolo dell'udienza preliminare.

1.1 *L'accusatorietà del codice del 1988.*

Fino all'ottobre del 1989 il processo penale in Italia era disciplinato dal c.d. codice Rocco del 1930. Quest'ultimo, pur essendo stato oggetto nel corso degli anni di rilevanti interventi legislativi di natura novellistica, mantenne sostanzialmente intatta la propria innata connotazione inquisitoria, sebbene esso fosse ormai qualificato in termini di "inquisitorietà garantita". Per altro, le stesse modifiche apportate al testo originario, rispondevano a funzioni e logiche eterogenee. Così, la riforma operata con la l. 517/55, che pur senza modificare l'impianto del codice, ne interessò circa duecento articoli, aveva una matrice garantista, in funzione dell'attuazione, sia pure parziale, di fondamentali valori costituzionali, quali l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.), in particolare attraverso l'inserimento di consistenti spazi di partecipazione difensiva nel corso dell'istruzione. L'adeguamento del sistema alla Costituzione, iniziato con la l. 517/55, continuò in quello stesso 1955, con la legge che rese esecutiva nel nostro Paese la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (l. 845/55) e con ripetuti interventi della Corte costituzionale, entrata in funzione nel 1956, oltre ad altre riforme legislative del testo del codice, orientate nella stessa direzione.

Al contrario, la “legislazione dell’emergenza” degli anni Settanta, rispondeva ad opposte esigenze di sicurezza collettiva, a fronte del pericolo di sovvertimento dell’assetto democratico dello Stato. Ne derivò, sul piano sostanziale, l’introduzione di nuove e specifiche fattispecie di reato e, sul piano processuale, per le persone imputate per reati di terrorismo e di eversione, l’introduzione di una disciplina più restrittiva, come, per esempio, l’obbligo d’emissione di provvedimenti cautelari personali, l’allungamento dei termini di custodia cautelare, ecc.

Il lungo *iter* verso il nuovo codice, cominciato nel 1962¹, vide una tappa fondamentale nella prima legge-delega, la legge 108/74, che portò al progetto preliminare del 1978, redatto dalla commissione ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia. Questo testo non divenne mai legge; tuttavia esso e la relativa legge-delega influenzarono in maniera determinante l’opera di codificazione, dato che, da un lato, nella seconda legge-delega (l. 81/87), alcune direttive chiaramente riproducevano quanto era già stato dettato nel 1974, e dall’altro, nel suo lavoro, la

¹ In quell’anno, infatti, il Ministro della Giustizia insediò una commissione presieduta da Francesco Carnelutti; ma l’unico risultato raggiunto fu una “Bozza di uno schema del codice di procedura penale”, diramata, a titolo personale, da Carnelutti nel 1963, bozza rimasta per altro senza seguito. Nell’ottobre dello stesso anno, il Guardasigilli del primo governo Leone, il senatore Bosco, assunse un’iniziativa volta alla riforma dei quattro codici fondamentali. Il Governo approvò il disegno di legge-delega che, tuttavia, presentato in Parlamento, non fu mai posto in discussione. Nel 1965, fu presentato il primo autonomo disegno di legge-delega per l’adozione del nuovo codice, ad opera del Ministro Oronzo Reale. L’esame non andò però oltre la Commissione Giustizia della Camera, a causa della fine della legislatura. L’iniziativa successiva fu il disegno di legge-delega presentato nel settembre del 1968 dal Ministro Gonella, ma ancora una volta, l’*iter* legislativo si arrestò e solo nel 1974 il Parlamento conferì effettivamente la delega al Governo per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale.

commissione ministeriale assunse come punto di partenza proprio il progetto del 1978.

L'art. 2 della l. 81/87 intitolata "delega legislativa al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale", stabilì che "il codice deve attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona ed al processo penale; esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio" secondo i 105 principi definiti dallo stesso art. 2. Come si legge nella *Relazione*², "la scelta accusatoria contenuta nella legge-delega e fatta propria dal Governo nella redazione del codice, è giustificata non solo da un'idea tradizionale di maggiore aderenza agli schemi democratici e di più ampia considerazione per la persona, ma anche dalla consapevolezza che quella scelta, più di qualunque altra, consente di coniugare garanzie ed efficienza [...]. Le ragioni della scelta risultano inoltre rafforzate dalla convinzione che le probabilità di una giusta decisione sono maggiori quando la prova si forma nella dialettica processuale, anziché nella solitaria ricerca dell'organo istruttore, sia esso un pubblico ministero od un giudice, le cui acquisizioni diventano fonte di pregiudizio ineliminabile per il giudice del dibattimento".

Si è ritenuto di riportare pressoché integralmente i passi citati, perché essi, nella loro sintesi, esprimono la *ratio* della riforma; si dice chiaramente che cosa si è

² *Relazione al progetto preliminare ed al testo definitivo del codice di procedura penale*, pubblicata in G.U. del 24/10/1988, suppl. ord. n. 2, serie generale, 164.

inteso fare con l'adozione del nuovo codice, il perché ed il come. Ed è appunto la verifica dell'intima coerenza tra obiettivi, esigenze e mezzi, che permette di trarre un giudizio complessivo sul sistema processuale introdotto con il nuovo codice.

Non è tuttavia questa la sede per avventurarsi in valutazioni tanto impegnative. Ciò che invece si cercherà di fare, è di vagliare se ed in che modo l'originaria impostazione o aspirazione accusatoria è messa in discussione dalle più recenti modifiche al testo del codice, con un'eventuale novazione della stessa funzione del processo. Quest'esame, tuttavia, presuppone uno studio più approfondito (rispetto a quanto fatto nell'introduzione), delle implicazioni della scelta accusatoria, sotto il profilo non puramente ideologico, che se mai ne costituisce la premessa, ma sotto il profilo più specifico delle soluzioni e della tecnica processuale in senso stretto, che in un quadro accusatorio deve ispirarsi al principio della *separazione delle fasi*.

La tematica sarà analizzata con riferimento all'udienza preliminare, per la posizione che essa occupa nel sistema. Già nella *Relazione*³ si riconosce "il rilievo centrale dell'istituto nella struttura del nuovo processo". D'altra parte, l'attenzione che ben presto fu dedicata a questo argomento dalla dottrina, dimostra come si

³ *Relazione*, cit., 101.

fosse compresa l'importanza dell'udienza preliminare⁴. Ancor prima dell'entrata in vigore del codice, l'udienza preliminare veniva considerata "l'emblema del nuovo processo [...]" in cui si vedevano "i connotati inconfondibili del nuovo processo accusatorio"⁵.

Una tale importanza attribuita all'istituto deriva dalle funzioni che il legislatore ad esso aveva assegnato; la recente riforma (c.d. legge Carotti), pur nell'abito di un quadro d'intervento più ampio, ha dedicato all'udienza preliminare tutto il capo VIII (artt. 18-26), con innovazioni di grande rilievo che potrebbero aver inciso proprio sotto il profilo funzionale dell'istituto, in se stesso, e di riflesso dell'intero processo. Quest'eventualità, che per ora rimane solo un'ipotesi, sarà sottoposta ad un'adeguata verifica finale. Procedendo per gradi, tuttavia, dopo aver analizzato la tematica della separazione delle fasi in un sistema accusatorio, sarà opportuno

⁴ Tra gli altri: E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, testo della relazione svolta al XVI Convegno studio E. De Nicola "Verso una nuova giustizia penale", Lecce, 18-20 marzo 1988, in *Cass. pen.*, 1988, 2172 ss.; D. GROSSO, *Problemi dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.* 1988, 326 ss. e *L'udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1991; A. MOLARI, "Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare", in AA.VV., *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Atti del convegno di Venezia, 7-9 ottobre 1988, Cedam, Padova, 1989, 55 ss.; G. FRIGO, "Udienza preliminare", in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. IV, Utet, Torino, 1990, 564 ss.; AA.VV., *L'udienza preliminare*, racc. "Associazione studiosi del processo penale", Atti del convegno di Urbino, 20-22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992; A. NAPPI, *Profili dell'udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 514 ss. e "Udienza preliminare", *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano, 1992, 518 ss.

Più recentemente: A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'enciclopedia italiana fondato da G. Treccani, vol. XXXII, Roma, 1994, 1 ss.; G. LOZZI, "Il diritto di difesa nell'udienza preliminare", in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di Cagliari, 29 settembre - 1 ottobre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, 131 ss.; S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1997, 57 ss.; A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, Cedam, Padova, 1999; G.M. ANCA, "Udienza preliminare", *Digesto (disc. pen.)*, vol. XV, Utet, Torino, 1999, 22 ss.; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 343 ss.

⁵ E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2172.

ricostruire il modo in cui il disegno originario del legislatore fu attuato. Quindi, ci si soffermerà sulle varie proposte di riforma e sull'iter che ha portato all'approvazione della legge Carotti, per verificarne, conclusivamente, gli effetti concreti, secondo un adeguato metodo scientifico, scevro, per quanto possibile, da preconcetti ideologici e libero da condizionamenti corporativi.

Si è già detto, in termini generali, che la scelta tra accusatorietà ed inquisitorietà è direttamente condizionata dall'ispirazione politico-ideologica che caratterizza un dato ordinamento. Per altro, la questione è molto meno agevole di quello che potrebbe a prima vista sembrare. Non si tratta semplicemente di individuare la premessa, per così dire, filosofica, che giustifica determinate opzioni di tecnica processuale. Una volta compiuta tale operazione preliminare, occorrerebbe verificare l'effettiva coerenza delle soluzioni adottate con i valori fondamentali, intendendo per tali non solo quelli che in una visione frammentaria dell'ordinamento, quasi per compartimenti stagni, si ritengono precipui del settore processualpenalistico. Più in particolare, il controllo si dovrebbe articolare su diversi livelli, tra di loro complementari.

L'analisi si dovrebbe portare prima di tutto sui principi espressi dalla legge delega, e, subsidiariamente, nella relazione al codice, ponendoli a confronto con le soluzioni adottate caso per caso, per poi ricercare eventuali discrasie rispetto alla Carta costituzionale, che rimane pur sempre, in un sistema a costituzione rigida, il riferimento irrinunciabile. Ed appunto la Costituzione, come si è visto, o meglio

l'esigenza di una sua più compiuta attuazione, è stata alla base di quel vasto movimento di riforma che ha poi portato, conclusivamente, all'emanazione del codice vigente.

Per quanto possa sembrare ovvio, nel vaglio di conformità ai principi costituzionali, non ci si potrebbe limitare, per esempio, agli artt.13-28 Cost. (p.te prima: diritti e doveri dei cittadini; tit. I: rapporti civili), e nemmeno agli artt.101-113 (p.te seconda: ordinamento della Repubblica; tit. IV: la magistratura), ma occorrerebbe tenere ben presente l'intero quadro costituzionale. Sarebbe, infatti, operazione arbitraria quella di chi non procedesse, nell'attività ermeneutica, secondo un criterio interdisciplinare, che invece porta ad individuare, nella ormai acquisita consapevolezza del carattere precettivo e non meramente programmatico di ogni norma di rilievo costituzionale, il valore fondamentale che informa l'intero ordinamento; quasi una vera e propria *grundnorm*, il centro intorno a cui ruota tutto il sistema, ossia il valore della persona umana, espresso in particolare, ma non esclusivamente, dall'art. 2 Cost.

Ultimo termine di raffronto sarebbero le convenzioni internazionali ratificate dall'Italia in materia di tutela dei diritti umani⁶. Per inciso, si può per altro ricordare che la dottrina⁷ ha evidenziato che le carte internazionali dei diritti non si

⁶ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con la l. 848/55; Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966 e ratificato con la l. 881/77.

⁷ G. ILLUMINATI, "Accusatorio ed inquisitorio (sistema)", Enciclopedia giuridica, vol. I, Istituto della enciclopedia italiana fondato da G. Treccani, Roma, 1988, 5.

esprimono in maniera inequivocabile a favore del sistema accusatorio, essendo esse eventualmente compatibili anche con un modello processuale orientato in senso inquisitorio, anche se il primo è ad esse sicuramente più congeniale. In ogni caso, si esclude che l'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie di un "giusto processo" possa essere soddisfatta in un sistema inquisitorio puro.

D'altra parte, prima della l. cost. 2/99 (c.d. riforma del giusto processo), si riteneva che nemmeno la Costituzione contenesse una precisa scelta a favore del sistema accusatorio (od inquisitorio), evidenziandosi tuttavia che "un assetto tendenzialmente accusatorio è il più idoneo all'attuazione delle garanzie fondamentali, costituzionalmente sancite"⁸. Una considerazione questa che si pone in termini di stretta consequenzialità rispetto a quella precedente, in quanto, pur essendo le fonti internazionali assai più dettagliate rispetto alla Costituzione, sia le Convenzioni sia la Carta sono orientate nella medesima direzione, trovando la loro matrice culturale ed ideologica nell'esigenza di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Per parte sua, la Corte costituzionale si era fatta carico di specificare i limiti in cui il sistema accusatorio poteva ritenersi compatibile con la Carta. In particolare, nella sentenza n. 225 del 3 giugno 1992⁹, individuando nella "ricerca della verità" il fine essenziale del processo penale, essa affermò che la scelta del metodo accusatorio era giustificata in quanto più adeguata rispetto allo

⁸ G. ILLUMINATI, "Accusatorio ed inquisitorio (sistema)", cit., 5.

⁹In *Cass. pen.*, 1992, 2022; Nello stesso senso, C. Cost. sent. 26 marzo 1993, n. 111, in *Cass. pen.*, 1993, 2224.

scopo conoscitivo del processo, e pertanto andava temperata con il principio della non dispersione dei mezzi di prova, quando la prova non potesse prodursi oralmente. In tal caso si prospettava la necessità di derogare al criterio della formazione della stessa nel contraddittorio delle parti.

D'altronde, si è osservato che se quest'orientamento per certi aspetti individuava un profilo pur presente nel codice, la Corte "non aveva saputo, tuttavia, adeguatamente cogliere i limiti che al metodo accusatorio derivano da quell'esigenza di ricerca della verità che ne costituisce il senso ed il fondamento"¹⁰. Pertanto, le ragioni che consentono di derogare a quel metodo, vanno individuate in termini di eccezionalità e tassatività.

Sul punto è intervenuto il legislatore, che, in sede di costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, ha stabilito, con il nuovo art. 111 comma 5 Cost., che "la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo nel contraddittorio, per consenso dell'imputato, o per accertata impossibilità di natura oggettiva, o per effetto di provata condotta illecita".

Da quanto detto emerge chiaramente che non basta, semplicisticamente, trovare una giustificazione, in termini politico-ideologici, in virtù della quale inquadrare la specifica disciplina processuale, in sé stessa considerata, quasi come un corpo estraneo rispetto all'ordinamento giuridico nel suo complesso: sarebbe un'operazione monca. Una volta introdotta questa tematica, ci si dovrebbe

¹⁰ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 19.

necessariamente interrogare sulla meritevolezza di quella disciplina, nell'ambito dell'ordinamento unitariamente considerato.

Tuttavia, pur nella consapevolezza dell'incompletezza dello studio che ci si accinge a compiere, non si possono approfondire queste questioni, per non correre il rischio di allontanarsi eccessivamente dall'oggetto specifico del lavoro. In questa sede, il substrato politico-ideologico ed istituzionale sul quale si va ad innestare la legge processuale, può essere preso in considerazione solo incidentalmente, qualora, nella disamina della coppia udienza preliminare-funzione del processo, dovessero emergere aspetti problematici, suscettibili d'adeguata definizione in una prospettiva *de iure condendo*, proprio con riferimento a valori fondamentali, nel senso sopra specificato, come paradigmi irrinunciabili per uno studio sistematico del processo penale.

Se tutto ciò è vero, non ci si può però sottrarre ad una valutazione volta a verificare in che senso ed in quale misura possa parlarsi d'accusatorietà con riguardo al codice del 1988. La dottrina¹¹ ha efficacemente sottolineato che la legge delega “dà per scontato che accusatorio e inquisitorio integrino due sistemi processuali contrapposti, dotati di caratteristiche essenziali sicuramente ed inequivocabilmente riconoscibili, e che il pregio saliente della nuova codificazione processualpenalistica si compendi proprio nella sua professata e voluta matrice

¹¹ G. PIERRO, “*Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*”, Digesto (disc. pen.), vol. XIII, Utet, Torino, 1997, 320; nello stesso senso, G. LEONE - F. MENCARELLI, “*Processo penale (diritto vigente)*”, Enciclopedia del diritto, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 411.

accusatoria”. Si è già detto che una tale descrizione risponde a schemi astratti e puri, mentre le concrete realtà processuali sono assai più varie ed articolate. Rimane però il problema di dare un contenuto a quest’astratta qualificazione accusatoria del codice vigente.

La solenne enunciazione, contenuta nell’art. 2 della legge delega, intende esprimere una chiara scelta di fondo, vale a dire l’opzione accusatoria, volta a superare l’ambiguità del c.d. sistema misto del codice Rocco, che in realtà nascondeva una chiara impronta inquisitoria. Ma, qualsiasi analisi che voglia verificare, sia pure in termini generali, l’idoneità dei meccanismi processuali predisposti, rispetto a quella scelta di fondo, dovrebbe in ogni caso, prima di tutto, inquadrarla correttamente; da un lato senza enfaticizzazioni, che potrebbero portare ad assumere un atteggiamento esasperatamente critico verso la concreta disciplina introdotta, nella misura in cui non sia conforme alle aspettative; un atteggiamento questo, facilmente tacciabile di ideologismo; e dall’altro, senza svilirla, quasi riducendola ad una mera petizione di principio, priva di un concreto riscontro

In effetti, se si fa riferimento ai caratteri che tradizionalmente sono evocati per definire il sistema accusatorio, non c’è alcun dubbio che il sistema processuale delineato dal legislatore del 1988 non realizza affatto l’ipotetico modello puro di accusatorietà. Ma, è stato osservato¹², “ciò non significa che la scelta di fondo possa ridursi a mero velleitairismo”. Ugualmente da respingere sono le

¹² M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale; appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1990, 27.

“esasperazioni mitologiche del vincolo di cui viene fatto carico al legislatore delegato, con l’impegno dell’attuazione dei caratteri del sistema accusatorio”.

In realtà, ad un’attenta analisi, la scelta enunciata dall’art. 2 è chiaramente legata ad una specificazione che il legislatore opera nella stessa norma. Non viene, infatti, espressa un’incondizionata adesione al sistema accusatorio, astrattamente considerato. Come è stato rilevato¹³, se i caratteri del sistema accusatorio devono essere attuati secondo i principi enunciati nella stessa legge delega, ciò vuol dire che il delegante non chiede al delegato di attuare quei caratteri nella loro pienezza, ma di attuarli secondo precise direttive, che egli stesso si fa carico di enucleare. Questa precisazione coglie opportunamente un aspetto significativo, ma sembra essere legata ad un vizio di origine, e cioè all’idea che si possano effettivamente individuare sistema accusatorio ed inquisitorio come modelli contrapposti¹⁴, mentre, come si è visto, la dottrina più moderna nutre serie perplessità su questa possibilità. Quello che però si può senz’altro dire, è che quella del legislatore è una chiara scelta di campo, anche ideologica, se si vuole, ma non ideologizzante. L’accusatorietà non è mitizzata, non è irrealisticamente considerata, di per sé stessa, come la soluzione di tutti i mali della giustizia. In accordo con la dottrina

¹³ G. CONSO, “*Problemi di metodo e scelte di fondo*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del convegno di Perugia, 14-15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, 176.

¹⁴ G. CONSO, “*Accusa e sistema accusatorio*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 334 ss.

più attenta¹⁵, si può dire che il codice del 1988 è il frutto dell'incontro di due filoni culturali: da un lato il garantismo degli anni Sessanta, dall'altro una visione più articolata, maturata negli anni Ottanta, che affianca al rispetto delle garanzie individuali l'esigenza di difesa collettiva e quindi di sicurezza.

Efficacemente si è detto che “si trattava di dar vita non ad un improbabile ed irraggiungibile sistema accusatorio *tout court*, disancorato dalla storia e dalle realtà operative del nostro Paese, ma [...] di creare un sistema accusatorio *secundum quid*, cioè secondi i 105 principi”¹⁶, che davano corpo all'astratta opzione accusatoria.

Rispetto al nuovo codice di procedura penale, le opinioni della dottrina furono subito contrastanti. Da un lato la risposta fu decisamente critica¹⁷, mentre dall'altro lato l'esaltazione ideologica dell'accusatorietà portava a ridurla, nel nuovo codice, all'immagine spettacolare dell'esame incrociato dei testimoni, da parte del magistrato del pubblico ministero e del difensore, nel corso del dibattimento. In realtà il codice del 1988 ha un'ispirazione ben più realistica ed articolata.

¹⁵ E. AMODIO - O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989, XXVII.

¹⁶ M. PISANI, *Italian style; figure e forme del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1998, 99.

¹⁷ Tra gli altri: R. LI VECCHI, *Poche ma chiare parole sul progetto preliminare di codice di procedura penale nonché sul processo a carico degli imputati minorenni*, in *Riv. pen.*, 1988, 545 ss. Lo stesso autore, più recentemente, in *L'udienza preliminare e le sue problematiche dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 1994, II, 353, ove si afferma che i vizi del codice traggono origine anzitutto dalla legge delega “che non poteva definirsi un capolavoro giuridico, ma l'espressione di un'incompetenza ed incapacità, inidonea sicuramente a fare da guida e da matrice per la nascita del nuovo codice di rito. Criticamente anche, M. NOBILI, “*Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*”, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, 21 ss.

Autorevolmente si osservò che “quando si dice che questo è un processo all’americana si fa una semplificazione un po’ grossolana; questo è un processo accusatorio all’europea, in cui convivono elementi del sistema accusatorio, con elementi del sistema inquisitorio”¹⁸. Non si trattava semplicemente di eliminare la fase istruttoria, nel senso di vera e propria raccolta di prove, e realizzare la centralità del dibattimento, riducendo al minimo la fase preliminare, trascurando, tra l’altro, l’esigenza di completezza delle indagini, pur dovendosi evitare il loro protrarsi all’infinito, come teoricamente poteva accadere con l’istruttoria. Di qui l’esigenza avvertita dal legislatore, di fissare precisi termini per la durata delle indagini, per evitare che la condizione di “indagato” potesse protrarsi indefinitamente.

Se questo poteva essere stato l’orientamento iniziale (la centralità del dibattimento, come valore assoluto), nell’*iter* della riforma ben presto ci si rese conto che se tutti i procedimenti fossero approdati al dibattimento, i tempi si sarebbero enormemente dilatati, pregiudicando fin dall’inizio il funzionamento del nuovo processo. Nella stessa *Relazione*, si prende atto del fatto che il procedimento ordinario “prevede meccanismi di formazione della prova particolarmente garantiti, e quindi non suscettibili di applicazione generalizzata, per evidenti ragioni di economia processuale”¹⁹. Per cui, la scelta di fondo rimase quella accusatoria, che

¹⁸ E. AMODIO, *L’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2173 s.

¹⁹ *Relazione*, cit., 104.

richiede che la prova debba formarsi in dibattimento, nel contraddittorio delle parti, escludendo, in linea di principio, che gli atti compiuti dal magistrato del pubblico ministero nel corso delle indagini possano avere valore probatorio. Ma, lo svolgimento accusatorio, con la formazione della prova in dibattimento, è delineato come ipotesi “normale”, prevedendosi una via alternativa, attraverso riti che consentono una definizione sulla base degli atti d’indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero, senza dibattimento. E’ quello che accade con il giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.), l’applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 ss. c.p.p.) ed il procedimento per decreto (artt. 459 ss. c.p.p.), riti che consentono una definizione anticipata, perseguendo una funzione deflativa, ossia di alleggerimento del carico degli uffici giudiziari²⁰. Per altro, il fatto che la decisione si possa fondare su quanto acquisito nel corso delle indagini, non esclude la rilevanza di veri e propri mezzi di prova, come accade nel caso in cui si sia proceduto ad incidente probatorio.

Né, d’altra parte, ci si può limitare a questo, perché anche in via ordinaria non rimane in assoluto esclusa la possibilità di utilizzare nel corso del dibattimento ed

²⁰ Si può per altro osservare che se è vero che i modi di definizione citati perseguono un obiettivo deflattivo, essi non sono affatto equivalenti. Infatti, si dice che il procedimento per decreto e l’applicazione della pena su richiesta delle parti sono “riti alternativi al giudizio”, in quanto consentono al giudice di pronunciarsi sul merito dell’imputazione *sine iudicio*, cioè prescindendo da un accertamento giurisdizionale. La loro connotazione è quindi essenzialmente premiale, in quanto tendono ad incentivare l’imputato, prospettandogli il vantaggio di una consistente riduzione di pena, in cambio di una più rapida definizione del procedimento. La premessa è costituita dal fatto che l’imputato è conscio dell’esistenza di elementi tali da rendere probabile un esito a lui sfavorevole. Al contrario, il giudizio abbreviato è alternativo al dibattimento, ma non al giudizio, e la riduzione della pena si prospetta solo come un’eventualità. Su questi temi, A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 1997, 630 - 655.

ai fini del giudizio, atti compiuti nel corso delle indagini preliminari. Si pensi a questo proposito, al regime delle contestazioni e a quello delle letture.

Senza soffermarsi ulteriormente su questi argomenti, che saranno ripresi nel trattare della separazione delle fasi e dell'aspetto funzionale dell'udienza preliminare, che riguarda, tra l'altro, anche la possibilità di scelta dei riti deflattivi del dibattimento, è sufficiente osservare in questa sede come si sia parlato, con riguardo al giudizio abbreviato, al procedimento per decreto ed all'applicazione della pena su richiesta delle parti, di "alternativa inquisitoria"²¹.

Tuttavia, la regola generale, o, se si preferisce, "l'alternativa principale", rimane quella accusatoria. In sintesi, il rito ordinario prevede una prima fase, destinata alle indagini preliminari, seguita dall'udienza preliminare, quando il magistrato del pubblico ministero ritenga di dover esercitare l'azione penale, a sua volta seguita dal dibattimento, se in tal senso è la decisione del giudice dell'udienza preliminare. E' però prevista la possibilità di pretermettere la fase dell'udienza preliminare. E' quello che accade nei casi che consentono il ricorso al giudizio direttissimo (artt. 449 ss. c.p.p.), che si pone come modalità alternativa d'instaurazione del giudizio dibattimentale, ma anche come alternativo alle indagini, che possono essere condotte per un termine massimo di quarantotto ore (nel caso dell'art. 449 comma 1 c.p.p.), o di quindici giorni (nel caso di cui all'art.

²¹ A. NAPPI, *Profili dell'udienza preliminare nel nuovo c.p.p.*, cit., 517; id., "Codice di procedura penale", Enciclopedia del diritto, I agg., Giuffrè, Milano, 1997, 292 ss.; id., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 485 ss.; G. PIERRO, "Sistema accusatorio e sistema inquisitorio", Digesto (disc. pen.), vol. XIII, Utet, Torino, 1997, 332.

449 comma 4 c.p.p.). L'udienza preliminare non si svolge neanche in caso di giudizio immediato (artt. 453 ss. c.p.p.), che invece presuppone lo svolgimento delle indagini preliminari, sia pure per una durata inferiore rispetto al procedimento ordinario.

D'altra parte, una conferma della tesi che vede nelle forme di definizione anticipata del procedimento una connotazione inquisitoria, si ritrova nella stessa *Relazione*²², ove si afferma che “l'esperienza degli ordinamenti che da secoli prevedono un modello processuale di tipo accusatorio insegna che tale modello processuale è in grado di trovare pratica applicazione, stante il notevole dispendio di risorse richiesto dalla formazione orale della prova in dibattimento, solo se ad esso si accompagnano forme di definizione anticipata del procedimento, basate su modelli alternativi di tipo inquisitorio e premiale”.

Altra parte della dottrina, invece, più che in termini inquisitori, preferisce descrivere tali riti come connotati da tassi d'accusatorietà variabili rispetto al procedimento ordinario, negando che si possa parlare di processo penale genericamente, espressione questa che fa pensare essenzialmente al rito che s'incentra sul dibattimento. Sono invece previsti una pluralità di riti, ciascuno dei quali presenta un indice maggiore o minore d'accusatorietà, con o senza dibattimento, ma pur sempre assicurandosi il rispetto delle garanzie fondamentali²³.

²² *Relazione*, cit., 122.

²³ G. CONSO, *Problemi di metodo e scelte di fondo*, cit., 175 s.

Quest'impostazione potrebbe forse essere preferibile, perché, in effetti, definizione anticipata del procedimento non significa negazione di garanzie, come quasi istintivamente si è portati a pensare con la qualificazione inquisitoria dei riti in questione. In ogni caso, si può dire che si tratta semplicemente di una questione d'etichette. Quello che conta è l'aspetto disciplinare. Così, nel caso del giudizio abbreviato, si sollecita comunque un giudizio di natura giurisdizionale, potendosi contare su garanzie analoghe, anche se non equivalenti, a quelle tipiche del dibattimento. Esso, infatti, comporta un giudizio di pieno merito e consente il contraddittorio delle parti, esercitandosi, sia pure entro certi limiti, il diritto alla prova. Nel caso del procedimento per decreto, poi, resta salva la possibilità di fare opposizione (art. 461 c.p.p.), chiedendosi il giudizio immediato, il giudizio abbreviato o il patteggiamento. In difetto di richieste, il giudice emette decreto di giudizio immediato (art. 464 c.p.p.).

Si può pertanto conclusivamente dire che il codice di procedura penale, quanto meno nella sua connotazione originaria, ha una struttura complessa, che pur ispirandosi in linea generale all'ideale modello accusatorio, lascia un certo spazio, in ipotesi particolari, a profili tipicamente inquisitori, convivendo tuttavia i due aspetti con un giusto equilibrio, che non compromette la possibilità di qualificare il codice nel suo complesso in termini d'accusatorietà, sia pure suscettibile d'attuazione pratica secondo modalità procedurali variabili. In definitiva, si salvaguarda in ogni caso quello che è stato definito il "tasso d'accusatorietà del

sistema”²⁴, in quanto la scelta per il metodo meno garantito resta pur sempre condizionata dal consenso delle parti.

Delineati in questi termini i caratteri dell'accusatorietà, così com'è stata intesa e concretamente attuata dal legislatore del 1988, coerentemente con l'impostazione di questo lavoro, pare opportuno non esprimere alcun giudizio di valore sulla bontà o meno della scelta in sé stessa. Una così radicale opera di riforma, inevitabilmente, non poteva non mostrare disfunzioni, spesso non secondarie, che il legislatore e la stessa Corte costituzionale hanno cercato di correggere. Ciò, per altro, non sempre è avvenuto in maniera adeguata, operandosi talvolta inopinati ripensamenti che potrebbero essere in contrasto con l'originaria scelta di fondo, che pur con le precedenti precisazioni, dovrebbe invece essere sempre rispettata, se si vuole quanto meno garantire la coerenza del sistema.

Per quanto in questa sede più direttamente interessa, si è finito con l'incidere sui poteri del giudice dell'udienza preliminare, ampliandoli in maniera tale, da far legittimamente sospettare che sia ormai venuta meno quella che era la caratterizzazione fondamentale del nuovo processo, vale a dire la chiara separazione delle fasi, la quale implica:

- a) almeno in linea di principio, il divieto di trasbordo verso il dibattimento di quanto avvenuto nelle fasi anteriori;

²⁴ G. CONSO, *Problemi di metodo e scelte di fondo*, cit., 175; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 14.

- b) la necessità di assicurare la centralità della fase dibattimentale, come sede per l'assunzione delle prove e come sbocco normale dell'esercizio dell'azione penale, almeno per le cause di maggior impegno e rilievo;
- c) il rigido rispetto del profilo funzionale dell'udienza preliminare.

L'esperienza di questi ultimi anni dimostra quanto fosse profetico il pensiero espresso da un autorevole studioso²⁵. “[...] I problemi sono tanti, diventano assillanti, e non sono tutti di facile soluzione. Bisogna fare i conti con le questioni connesse all'organizzazione giudiziaria ed al difficile acculturamento dei protagonisti del processo rispetto alla nuova realtà normativa [...]. La funzionalità del progetto dipenderà dall'adattamento al novo rito dell'organizzazione della giustizia: adeguamento delle strutture, informatizzazione dei servizi, potenziamento e redistribuzione del personale [...]. Ma anche dipenderà dalla cultura del processo che sono chiamati ad acquisire tutti gli operatori del settore”.

C'è da chiedersi se non siano ancora oggi questi i veri mali della giustizia, rispetto ai quali gli ultimi interventi legislativi non sempre offrono una risposta adeguata, ma anzi talvolta finiscono con l'incidere negativamente su di un sistema, che se pur perfettibile, aveva una sua chiara linea ispiratrice.

²⁵ D. SIRACUSANO, “*Il codice di procedura penale: realtà e prospettive*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, cit. 11 s.; nello stesso senso, M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale; appunti sul nuovo codice*, cit., 16 s.; cfr. V. ZAGREBELSKY, *Modifiche all'ordinamento giudiziario e nuovi ruoli del pubblico ministero e del giudice*, in *Cass. pen.*, 1989, 2125.

1.2 *Rapporto fatto-giudizio e problemi di qualificazione.*

Sebbene non sia possibile ragionare in termini di radicale contrapposizione tra accusatorietà ed inquisitorietà, in quanto, come si è già avuto modo di sottolineare²⁶, i sistemi processuali, nelle loro concrete manifestazioni, sono descrivibili solo in termini di tendenziale prevalenza dei caratteri dell'uno o dell'altro modello, rimane pur sempre problema fondamentale quello di individuare il criterio in forza del quale operare una tale qualificazione.

Per la risoluzione di tale questione, occorre partire dalla considerazione che non è possibile, se non in ipotesi del tutto marginali, assicurare l'assoluta contestualità tra fatto e giudizio, cioè prevedere in ogni caso un giudizio che segua con carattere d'immediatezza la commissione del fatto che ne costituirà l'oggetto. Così, ad esempio, nel codice vigente sono certamente previsti dei casi in cui il giudizio s'instaura in termini estremamente rapidi, come avviene per il giudizio direttissimo *ex artt. 449 ss. c.p.p.*; ma a prescindere dal fatto che anche in tal caso il giudizio non segue, necessariamente, in via di assoluta immediatezza (essendo previsto al comma 1, un termine di quarantotto ore ed, ai commi 4 e 5, un termine di quindici giorni²⁷), resta fermo che “tale forma di accertamento si ispira a criteri

²⁶ V. *Introduzione*, 1 ss.

²⁷ I termini citati decorrono, per i casi di cui ai commi 1 e 4 dall'arresto, e per il caso di cui al comma 5 dalla confessione.

di tassatività, che di per sé indicano l'eccezionalità della soluzione"²⁸. Un'eccezionalità che si fonda sulla situazione di evidenza probatoria che giustifica il ricorso a questo rito e che rende non necessaria l'udienza preliminare. Infatti, l'arresto in flagranza (commi 1 e 3, a seconda che l'arresto sia o meno già stato convalidato), e la confessione nel corso dell'interrogatorio (comma 5), sono situazioni che senza determinare un esito scontato del giudizio conseguente, il quale non necessariamente si dovrà concludere con una sentenza di condanna, fanno comunque venir meno il pericolo, non della infondatezza dell'imputazione, ma della sua non sostenibilità in dibattimento, rendendo pertanto superflua la fase dell'udienza preliminare, destinata alla verifica di tale sostenibilità, in quanto filtro per le imputazioni azzardate.

Al di fuori di queste ipotesi, invece, si presenta la necessità di prevedere un certo lasso di tempo tra l'epoca del fatto e l'instaurazione del giudizio. Questa necessità è per altro riconducibile a diverse esigenze.

Continuando a fare riferimento al codice vigente, poiché, come si è visto, solo in un limitato numero di ipotesi si può configurare una situazione di evidenza probatoria che permette l'immediato esercizio dell'azione penale, ne deriva che, normalmente, è necessaria un'attività preliminare destinata alla raccolta degli elementi necessari al magistrato del pubblico ministero per orientarsi in ordine alle richieste da rivolgere al giudice per le indagini preliminari.

²⁸ M FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 1998, 4.

Inoltre, con riferimento all'esito dell'udienza preliminare, qualora essa si concluda con decreto che dispone il giudizio, l'art. 429 comma 3 c.p.p. prevede un termine minimo di venti giorni, che deve intercorrere tra la data del decreto e quella fissata per il giudizio. Questo termine dilatorio è posto a garanzia dell'imputato, per metterlo in condizione di apprestare adeguatamente la propria difesa.

Un'ulteriore dilazione del giudizio può essere determinata ancora dalla previsione dell'art. 465 c.p.p., che in tema di atti preliminari al dibattimento, stabilisce che "il presidente del tribunale o della corte d'assise, ricevuto il decreto che dispone il giudizio, può con decreto, per giustificati motivi, anticipare l'udienza o differirla per non più di una volta".

In queste due ultime ipotesi, per altro, l'allungamento dei tempi risponde ad esigenze, per così dire, organizzative. Disancorando invece per un momento l'analisi dal riferimento al concreto assetto disciplinare del codice vigente, è facile vedere come elemento comune ad ogni sistema processuale è la presa d'atto dell'ineliminabilità di una fase anteriore al giudizio, e, rispetto ad esso, preparatoria in senso lato. Una caratterizzazione questa che prescinde dalla qualificazione del processo penale in termini di accusatorietà od inquisitorietà, ma che, tuttavia, può condurre a soluzioni anche radicalmente diverse.

Si è osservato²⁹ che “se fosse possibile assicurare l’assoluta contestualità del giudizio rispetto al fatto, la disciplina del processo sarebbe estremamente contenuta, perché sarebbe ridotta al minimo la quantità di atti da compiere, così come sarebbero enormemente semplificate le attività da svolgere”. Sono, tuttavia, tipiche ed eccezionali le condizioni che permettono di soddisfare tali esigenze; ne deriva, in via ordinaria, una prospettazione necessariamente diacronica del giudizio rispetto al fatto. A fronte di questa constatazione, le soluzioni concretamente adottate possono variare, con eventuali scelte intermedie, tra due opzioni estreme:

- a) un’attività di natura meramente cautelare, per scongiurare pericoli di dispersione delle fonti di prova, al fine di salvaguardare la produttività dell’accertamento penale, permettendo tuttavia al giudice di formare il suo giudizio in via autonoma ed originale;
- b) un’attività di vera e propria valutazione preventiva, che pregiudica lo stesso esito finale del processo, con il sostanziale svuotamento del significato del dibattimento, il quale tende a configurarsi come semplice momento di controllo e valutazione degli elementi raccolti altrove.

Conseguentemente, l’indice della tendenziale accusatorietà od inquisitorietà sarà costituito dal peso assegnato agli atti compiuti nella fase che precede quella

²⁹ A.A. DALIA, “*Processo e metodo*”, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 1990, 76 s.; A.A. DALIA - G. PIERRO, “*Giurisdizione penale*”, *Enciclopedia giuridica*, vol. 15, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, Roma, 1989, 12 s.; A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 20 ss.

del processo pubblico, e più precisamente dalla misura in cui essi sono in grado di condizionare, direttamente od indirettamente, l'esito finale del giudizio, vincolando il giudice alla prospettazione del fatto offerta da chi ha operato nella fase preliminare, sia esso un organo investigativo od un giudice. Ciò detto, si può ora spiegare perché, nonostante fosse etichettato come sistema misto, il codice Rocco aveva una chiara ispirazione inquisitoria.

In linea di principio, il codice abrogato prevedeva due fasi fra di loro nettamente distinte e contrapposte, rette da principi antitetici: la fase istruttoria e la fase dibattimentale. La separazione era tuttavia puramente formale. Il sistema era definito misto perché ispirato a regole di tipo inquisitorio nel corso dell'istruzione (nella duplice forma di istruzione formale, affidata al giudice istruttore, ed istruzione sommaria, affidata al pubblico ministero), e retto da criteri di natura accusatoria, nel corso del dibattimento. Secondo l'art. 299 c.p.p. abr. "il giudice istruttore ha l'obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che, in base agli elementi raccolti ed allo svolgimento dell'istruzione, appaiono necessari per l'accertamento della verità". Pertanto, l'istruzione si traduceva nella vera e propria assunzione di mezzi di prova, indicati dagli artt. 309 ss. c.p.p. abr., con riguardo all'istruzione formale. La possibilità di assumere i medesimi mezzi di prova anche nel corso dell'istruzione sommaria, si desumeva dal rinvio disposto dall'art. 392 c.p.p. abr., che richiamava le norme dettate per l'istruzione formale "in quanto applicabili".

Va per altro ricordato che l'istruzione sommaria aveva nel sistema del codice, carattere eccezionale³⁰, essendo riservata ad un numero ristretto d'ipotesi, caratterizzate dalla facilità e rapidità dell'accertamento, come per esempio nel caso in cui l'imputato confessasse nel corso dell'interrogatorio e non fossero necessari ulteriori atti d'istruzione o quando si trattasse di reati punibili con pena detentiva temporanea o con la multa o l'ammenda, purché la prova fosse evidente, *ecc.* Tuttavia, come è stato osservato, la prassi finì col deformare l'istituto "facendone un doppione della istruzione formale, riservata al giudice istruttore, al punto che si rese necessario un intervento della Corte costituzionale, per estendere all'istruttoria del pubblico ministero i presidi difensivi che la novella del 1955 aveva riconosciuto all'imputato per l'istruzione formale"³¹.

L'istruzione si svolgeva secondo i canoni della scrittura e della segretezza, con scarsa partecipazione difensiva, relegando l'imputato ed il suo difensore in una posizione d'assoluta inferiorità. Il giudice istruttore ed il pubblico ministero operavano ad un tempo come organi dell'investigazione e di giudizio, essendo essi investiti del potere di decidere, sulla base delle prove dal loro stessi formate, se l'imputato dovesse essere sottoposto a dibattimento. Ne derivavano, in definitiva, gli inconvenienti che compromettevano, fin dall'inizio, l'utilità ed originalità del dibattimento: da un lato, la confusione tra accusatore e giudice, dall'altro la

³⁰ D. SIRACUSANO, "Istruzione nel processo penale", Enciclopedia del diritto, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 173.

³¹ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, cit., 16.

compenetrazione delle fasi (istruttoria e dibattimento), quindi solo teoricamente distinte. Infatti, il giudice che doveva pronunciarsi sul merito dell'imputazione in dibattimento, da un lato poteva venire a conoscenza di quanto accaduto nel corso della fase istruttoria, grazie al fascicolo istruttorio, così vanificando l'assunzione delle prove che era ripetuta nel corso del dibattimento, nel rispetto formale dei principi dell'oralità e dell'immediatezza; dall'altro, poteva ampiamente servirsi di quegli atti, a fini probatori, grazie al regime delle letture.

Se l'istruzione era organizzata secondo criteri inquisitori, per contro, il dibattimento avrebbe dovuto ispirarsi ai canoni tipicamente accusatori della pubblicità, oralità, immediatezza, contraddittorio (c.d. principi naturali del giudizio), ma in pratica essi venivano disattesi. Il dibattimento era, infatti, relegato ad un ruolo secondario, condizionato com'era dalle risultanze probatorie acquisite nel corso dell'istruzione, secondo metodi inquisitori, finendo con lo svolgere solo una funzione di riscontro di elementi già raccolti in precedenza. In proposito si è osservato che le risultanze dell'istruttoria vanificavano l'utilità del dibattimento a causa "dell'azione del presidente del collegio, il quale, dovendo, nel predibattimento, studiare il fascicolo, per prepararsi a svolgere l'escussione dibattimentale, finiva per informare quest'ultima ad una semplice verifica dell'impostazione che il processo aveva avuto nel corso dell'istruzione"³².

³² M. SCARPONE, "La nuova disciplina della fase investigativa", in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. IV, Utet, Torino 1990, 4.

Se queste erano le caratteristiche del codice Rocco, si capisce agevolmente che la qualificazione come “misto” del modello processuale da esso disciplinato, finiva con il ridursi a profilo meramente terminologico.

In termini più generali, la fenomenologia del sistema misto ha un rilievo assai più ampio di quanto a prima vista si possa pensare. Come si è già avuto modo di sottolineare, sistema accusatorio ed inquisitorio sono due modelli ideali di processo, definiti con riguardo a taluni caratteri tipici, che tuttavia sono suscettibili di essere assemblati in forme non sempre integralmente coincidenti, dovendo essere adeguati alle concrete esigenze, alla storia ed alle tradizioni di ciascuna società. Ne deriva la riduzione della scelta accusatoria od inquisitoria ad orientamento programmatico, capace di esprimere soluzioni ampiamente diversificate, che costituiscono concretizzazioni dell'ideale di riferimento, in misura più o meno accentuata, e che, appunto per questo, portano ad una qualificazione solo in termini di prevalenza.

E' chiaro, quindi, che se nell'approfondimento teorico dei caratteri delle singole legislazioni processuali, al fine di inquadrarle correttamente in uno dei sistemi astratti, si parte dalle caratteristiche peculiari di ognuna, secondo un metodo induttivo, dal particolare al generale, nell'opera di costruzione del singolo apparato processuale si verifica una vera e propria inversione metodologica, secondo un criterio deduttivo, dal generale al particolare, ossia si assume un ideale di riferimento e lo si attualizza, attraverso una concreta disciplina processuale,

compatibilmente con un determinato contesto storico e sociale. Il primo procedimento è, tuttavia, necessariamente condizionato dal secondo; così, se, come normalmente avviene, la scelta legislativa non si traduce in termini assoluti, in favore dell'uno o dell'altro modello astratto, il problema della qualificazione teorica non può essere risolto, se non attraverso il ricorso alla figura del sistema misto, come commistione dei caratteri del sistema accusatorio e di quello inquisitorio.

Questa ricostruzione, non in termini residuali, del sistema misto, presuppone, comunque, un'analisi dei contenuti, senza ridurlo semplicisticamente a vuota forma, cosicché la figura non potrà essere utilizzata quando, nell'atteggiarsi in concreto della disciplina processuale, prevalgano chiaramente i caratteri inquisitori od accusatori. Ciò porta quindi a negare la possibilità di qualificare la disciplina processuale del codice Rocco in termini di sistema misto. Essa, ispirandosi a criteri inquisitori con riguardo alla fase istruttoria, non solo poneva nel nulla la possibilità di un reale svolgimento accusatorio del dibattimento, ma finiva con il combinare i difetti di entrambi i modelli di riferimento. Infatti, come si è visto, da un lato l'istruttoria aveva come proprio fine quello dell'accertamento della verità, assumendo a dogma l'esigenza della completezza, con conseguente inevitabile dilatazione indefinita dei tempi dell'istruttoria stessa; dall'altro nel corso del dibattimento si pretendeva il formale rispetto dei principi naturali del giudizio (oralità, immediatezza, *ecc.*), con tutto ciò che ne conseguiva in termini di

dispendio di energie e di tempo. Il risultato era di vanificare, ad un tempo, sia il rispetto delle garanzie individuali, sia l'esigenza di difesa sociale.

1.3 *La separazione delle fasi.*

A fronte dello stato di fatto appena descritto, il codice di procedura penale del 1988 si caratterizza per una radicale inversione di rotta. Difatti, in via di prima approssimazione, si può dire che il sistema si fonda, almeno come inizialmente costruito, su una netta separazione tra fase procedimentale, rimessa all'iniziativa del magistrato del pubblico ministero, e la fase processuale, aperta al contraddittorio davanti al giudice. Già quest'iniziale considerazione rende tuttavia necessario portare l'attenzione su di una questione, il cui chiarimento costituisce un'opportuna premessa per il proseguimento del discorso. Occorre, infatti, chiarire il senso delle espressioni *procedimento* e *processo*.

Con riferimento al codice abrogato, si riteneva che le due espressioni fossero utilizzate come sinonimi. Tuttavia, una parte della dottrina le utilizzava con un significato differenziato. In particolare, si qualificava il processo come il *genus* ed il procedimento come la *species*. Aderiva a quest'impostazione, per esempio, chi definiva il procedimento penale come "l'individuazione del processo penale nelle sue particolari conformazioni, nei particolari modi di svilupparsi". Si distingueva, conseguentemente, tra procedimento ordinario, procedimenti speciali e incidentali.

Il processo penale in senso stretto era invece qualificato come “il complesso degli atti rivolti alla decisione giurisdizionale su di una notizia di reato”³³. La costruzione del processo come *species* del procedimento, è utilizzabile anche con riferimento al codice vigente, anche se, in questo contesto, essa assume un diverso significato.

In sede di teoria generale, si qualifica il procedimento come “una determinata sequenza di norme, nonché degli atti dalle stesse disciplinati, e delle posizioni soggettive da esse estraibili, in vista del compimento di un atto finale”³⁴. Rispetto al suo *genus*, il processo si contraddistingue perché caratterizzato dalla partecipazione all'*iter* di formazione dell'atto, dei suoi destinatari, cioè di coloro nei confronti dei quali esso dovrà spiegare la sua efficacia. Ciò non mette in discussione l'imputabilità dell'atto, che rimane pur sempre, almeno su di un piano formale, riferibile al soggetto istituzionalmente legittimato ad adottarlo, ma rileva, invece, sia pure in via puramente eventuale, sul piano dei contenuti, rispondendo sia all'esigenza di rendere più trasparente l'attività del soggetto (*rectius*: dell'organo), sia a quella di evitare lesioni, ossia effetti ingiustamente pregiudizievoli per i destinatari.

Questa ricostruzione teorica porta quindi a descrivere il processo come sequenza procedimentale contraddistinta da un potere di contraddittorio, in quanto

³³ G. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1983, 15.

³⁴ E. FAZZALARI, “*Procedimento (teoria generale)*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 819; G. TRANCHINA, “*Il processo penale e le sue caratteristiche*”, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1996, 31 ss.

fondata sulla partecipazione dialettica di coloro nella cui sfera giuridica l'atto è destinato ad operare; una partecipazione in grado di orientare, potenzialmente, il tenore dell'atto. In questo senso dunque, il procedimento è il *genus*, ed il processo la *species*³⁵.

Tale ricostruzione teorica, è utile per la comprensione dei diversi significati in cui il codice di procedura penale adopera le due espressioni. In linea generale, infatti, il legislatore ha distinto tra *procedimento per le indagini preliminari* e *processo*. Il primo, è fase affidata all'iniziativa del magistrato del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, che, acquisita una *notizia criminis*, hanno, ex art. 326 c.p.p.³⁶, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, il dovere di compiere "le indagini necessarie per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale". Assolutamente evidente risulta, quindi, sul piano funzionale, la differenza tra indagini preliminari e la vecchia istruzione. Ad ulteriore conferma, si deve ricordare l'art. 526 c.p.p., secondo il quale, "il giudice non può utilizzare per la deliberazione, prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento". In comune i due istituti hanno solo la caratteristica di essere entrambe fasi che precedono quella dibattimentale. Tuttavia, quest'articolazione, come si è detto, risponde ad un'esigenza pressoché fisiologica dell'accertamento penale, a

³⁵ Si veda anche, O. DOMINIONI, "Imputazione", Enciclopedia del diritto, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, 821.

³⁶ La norma in questione è stata definita "il nucleo qualificante del nuovo modello processuale, che sta nell'introdurre una chiara cesura tra la fase delle indagini e quella della giurisdizione". In questo senso, P.L. VIGNA, "Disposizioni generali", in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. IV, Utet, Torino, 1990, 14.

prescindere dal suo peculiare atteggiarsi. Ma, mentre l'istruzione si traduceva in vera e propria raccolta di prove, relegando in secondo piano il momento della garanzia giurisdizionale rappresentato dal dibattimento, al contrario, la fase delle indagini preliminari soddisfa solo l'esigenza di consentire al magistrato del pubblico ministero la raccolta degli elementi utili per assumere le sue determinazioni. Egli potrà rivolgere al giudice una richiesta d'archiviazione, od eventualmente esercitare l'azione penale nelle forme previste; potrà poi, qualora ritenga non sufficiente il tempo concesso ordinariamente, avanzare una richiesta di proroga del termine delle indagini (artt. 405 ss. c.p.p.). In ogni caso, egli dovrà sottoporre la sua richiesta al giudice, il quale assumerà le relative decisioni. Ma, ciò che il magistrato del pubblico ministero e la polizia giudiziaria hanno compiuto nel corso delle indagini, non è utilizzabile per la successiva fase processuale.

In definitiva, il vigente codice, nell'alternativa sopra citata tra attività di valutazione preventiva o di natura meramente cautelare, ha optato per questa seconda. In questo modo, ciò che precede il processo, ha una funzione puramente preparatoria e strumentale, in quanto, il giudice chiamato a pronunciarsi sul merito dell'imputazione può formare il suo convincimento, almeno in linea di principio, solo sulle prove assunte nel corso del dibattimento, nel contraddittorio delle parti.

Quindi, si capisce agevolmente perché la fase delle indagini preliminari ha natura procedimentale, mentre la fase processuale è quella del dibattimento, perché solo in questa fase è garantito un vero e proprio "diritto al contraddittorio". Al

contrario, nel corso delle indagini, la partecipazione difensiva si pone solo in termini di eventualità.

Più precisamente, il diritto al contraddittorio deve essere necessariamente garantito nel caso in cui si proceda all'assunzione di prove mediante incidente probatorio (artt. 392 ss. c.p.p.). Al di fuori di questo caso specifico, invece, l'indagato (cioè non ancora imputato), ha, in determinate situazioni, il diritto di farsi assistere dal proprio difensore. Ciò tuttavia postula pur sempre che l'indagato sia a conoscenza del procedimento a suo carico (il che non necessariamente si verifica), e comunque, che venga compiuto nel corso delle indagini un atto per il quale è prevista la possibilità di partecipazione difensiva. Le indagini preliminari sono, infatti, in linea generale, riservate, per garantire la loro produttività. Ciò, evidentemente, pregiudica la possibilità di esercitare il diritto difesa, perché non ci si può difendere da ciò che non si conosce.

In alcuni casi, però, l'indagato può o deve essere informato, e conseguentemente, potrà farsi assistere dal difensore, di fiducia o d'ufficio, il quale, a volte deve essere informato preventivamente dell'atto che si sta per compiere, a volte ha solo diritto di partecipare, senza essere preventivamente

avvisato³⁷. Per inciso, va ricordato che se è vero che le indagini si possono svolgere all'insaputa dell'interessato, ed anche concludersi senza che egli ne sappia niente, come potrebbe accadere nel caso in cui il magistrato del pubblico ministero richieda l'archiviazione, e questa sia effettivamente disposta, al di fuori di questo caso, l'indagato è comunque informato delle indagini a suo carico, prima della loro conclusione, ex art. 415 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 17 della l. 479/99³⁸.

Una volta chiarito il senso della distinzione tra indagini preliminari e processo, che rinvia al principio della separazione tra due fasi dello stesso procedimento (penale), occorre fare due precisazioni, una sul piano del concreto assetto dei rapporti tra le due fasi, ed una di tipo terminologico.

Dal primo punto di vista, il principio della separazione delle fasi non sempre è stato osservato dal legislatore in maniera rigorosa. Certamente esso costituì un principio cardine del codice di procedura penale del 1988, come si desume chiaramente anche dalla *Relazione*. Quest'ultima³⁹ espressamente distingue tra

³⁷ Più in particolare, il diritto di difesa deve necessariamente essere garantito nel caso in cui siano adottate misure pre-cautelari, (p.e. arresto), o misure cautelari (p.e. custodia cautelare in carcere), che evidentemente già di per sé acclarano l'esistenza del procedimento. In altri casi, la possibilità della partecipazione difensiva dipende dalla natura degli atti d'indagine. Si parla al riguardo di "atti partecipati", con riferimento a quegli atti ai quali il difensore ha diritto di partecipare previo avviso (p.e. l'interrogatorio dell'indagato da parte del magistrato del pubblico ministero, ex artt. 364 e 375 c.p.p.), e di "atti comunque garantiti", quando non sia previsto l'avviso (p.e. perquisizioni e sequestri compiuti dal magistrato del pubblico ministero ex art. 365). Sul punto, A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 487 s.

³⁸ La legge in questione ha inserito la nuova norma citata, ed ha modificato l'art. 416 comma 1 c.p.p., come già modificato, a sua volta, dall'art. 2 della l. 234/97, che già prevedeva la nullità della richiesta di rinvio a giudizio se non preceduta dall'invito a presentarsi per rendere interrogatorio. Forti perplessità su questa normativa sono state espresse da E. GALLUCCI, "Indennizzi fino ad un miliardo per l'ingiusta detenzione; la difesa può riaprire l'indagine preliminare", *Diritto & Giustizia*, n. 2/2000, 59.

³⁹ *Relazione*, cit., 81.

procedimento (per le indagini preliminari), nell'ambito del quale si collocano le attività del magistrato del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, "istituzionalmente inidonee a formare la prova utilizzabile nel dibattimento", e processo, in quanto fase giurisdizionale che prende avvio con l'esercizio dell'azione penale. Ad ulteriore chiarimento, nell'illustrare l'art. 326 c.p.p., si sottolinea l'assoluta eterogeneità tra indagini preliminari e l'istruttoria del codice previgente, poiché, le finalità della fase preliminare, nel nuovo codice, sono rappresentate esclusivamente "dalla necessità di delibare la *notitia criminis*, al fine di configurarla entro una precisa imputazione, e di scegliere il tipo di domanda da rivolgere al giudice competente". Se ciò è certamente vero, va però rilevato che coerentemente con l'impostazione della legge delega, ed in particolare con l'orientamento volto alla costruzione di un sistema "tendenzialmente accusatorio", e non accusatorio puro, la separazione delle fasi, pur rimanendo principio guida, subisce alcune deroghe.

Una prima eccezione alla regola generale è l'incidente probatorio, che costituisce una parentesi giurisdizionale nell'ambito del procedimento per le indagini preliminari⁴⁰. Difatti, gli artt. 392 c.p.p. ss. consentono, in casi tassativamente previsti, di anticipare in via incidentale nel corso delle indagini preliminari l'assunzione della prova, con metodo accusatorio, davanti al giudice

⁴⁰ La Corte costituzionale con la sent. n. 77 del 10 marzo 1994 ha dichiarato illegittimi gli artt. 392 e 393 c.p.p., nella parte in cui non consentono che l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nel corso dell'udienza preliminare.

delle indagini preliminari; ed è proprio quest'ultima notazione che concreta la deroga, in quanto, come osservato⁴¹, non si ottempera ai principi dell'oralità e dell'immediatezza, essendo la prova valutata da un giudice diverso da quello che l'ha formata e quindi, di riflesso, non si osserva nemmeno il principio della separazione delle fasi.

Un'ulteriore eccezione è quella degli atti irripetibili, la cui disciplina consente la rilevanza nella fase dibattimentale, di atti assunti con metodo inquisitorio nel corso delle indagini.

Va poi rilevato che nel codice, un'ulteriore deroga al principio della separazione delle fasi era rinvenibile nella disciplina delle contestazioni, *ex artt.* 500 e 503 (ampiamente modificati rispetto al testo originario, ad opera del d.l. 306/92, convertito con modificazioni dalla l. 356/92), che consentivano, nel corso dell'esame dibattimentale, di contestare ad un testimone o ad una parte, le dichiarazioni precedentemente rese, contenute nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, acquistando rilevanza per il giudice, secondo i casi, per la valutazione della credibilità del dichiarante o per la prova dei fatti in esse affermati.

Proprio la disciplina delle contestazioni, unitamente a quella delle letture (artt. 511 ss. c.p.p.), costituiva la conferma della rinvenibilità nel sistema del principio di non dispersione. Si era osservato, infatti, che l'oralità "non costituisce il veicolo

⁴¹ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 115.

esclusivo di formazione della prova in dibattimento”⁴², dovendosi talvolta, in ossequio al fine essenziale ed ineludibile del processo penale (secondo il linguaggio della Corte costituzionale⁴³), vale a dire la ricerca della verità, dare rilevanza ad atti compiuti prima ed al di fuori del dibattimento. Da ciò discende l’elaborazione di un principio di non dispersione delle fonti probatorie, quando non sia possibile l’assunzione della prova in forma orale, davanti al giudice del dibattimento.

Rinviando a quanto già osservato in precedenza con riguardo agli sviluppi giurisprudenziali, nella specie della Corte costituzionale, si può aggiungere che in merito alle contestazioni, si è evidenziato che per effetto delle modifiche introdotte, ci si è trovati di fronte ad un “ridimensionamento dell’originaria impostazione accusatoria, in favore di un sostanzioso recupero, in funzione di prova dei fatti, di atti assunti nel corso delle indagini preliminari”⁴⁴. Un freno agli abusi del legislatore e dello stesso Giudice costituzionale, dovrebbe ora derivare dalla costituzionalizzazione dei principi del giusto processo e nella specie, dai nuovi commi 4 e 5 dell’art. 111 Cost⁴⁵., ponendosi così fine, auspicabilmente, a decisioni e soluzioni ispirate ad una scarsa fiducia nel metodo accusatorio, che pure costituì il motore ed il principio ispiratore della riforma. In effetti, a seguito della modifica

⁴² A.A. DALIA- M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 597.

⁴³ C. cost., sent. 225/92, 111/93, cit.

⁴⁴ A.A. DALIA- M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit. 598 s.

⁴⁵ Su questo tema, si veda G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2000, 16 ss.

dell'art. 111 Cost., il Governo emanò il d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, convertito con modificazioni nella l. 25 febbraio 2000 n. 35⁴⁶, al fine di regolare l'applicazione dei nuovi principi costituzionali ai processi in corso. Quindi, *in extremis*, prima della fine della tredicesima legislatura, dopo alterne vicende, è stata approvata la c.d. legge di attuazione del giusto processo, dal titolo "modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale in materia di formazione e di valutazione della prova, in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 Cost."⁴⁷. Rispetto alla legge in questione, che tra l'altro ha integralmente sostituito il testo dell'art. 500 c.p.p., sancendo l'uso delle contestazioni per il mero controllo della credibilità dell'esaminato, in dottrina si è affermato che essa segna, nel complesso, "il ritorno alla separazione tra indagini preliminari e dibattimento, secondo gli originari principi del codice del 1988". Già si prospettano, tuttavia, da una lato ulteriori interventi legislativi, volti all'ennesima sistemazione globale del rito penale, e dall'altro prassi ed interpretazioni devianti, già emerse nel corso dei lavori preparatori, miranti surrettiziamente ad evitare il "ritorno alla regola aurea del processo accusatorio"⁴⁸.

⁴⁶ In senso critico, V. GREVI, "Scelte discutibili in materia di disciplina transitoria", in *Alla ricerca di un processo penale giusto*, Giuffrè, Milano, 2000, 347 ss.

⁴⁷ L. n. 63 del 1 marzo 2001, pubblicata in *G.U. n. 68 del 22 marzo 2001, serie generale*.

⁴⁸ P. FERRUA, "L'indagine entra nel dibattimento solo attraverso il contraddittorio; il codice di procedura penale ritrova lo spirito accusatorio", in *Diritto & Giustizia*, 7/2001, 8 ss. Più ampiamente, sulla l. 63/2001, D. CARCANO – D. MANZIONE, *Il giusto processo*, in *Quaderni di Diritto & Giustizia* (suppl. al n. 15/2001), Giuffrè, Milano, 2001.

In termini più generali, si può affermare che non sono accettabili soluzioni che al di là di una logica di eccezionalità e tassatività, vanifichino il principio della separazione delle fasi, il quale, garantendo la cesura tra fase preliminare e fase dibattimentale, consente di utilizzare come prova, ai fini del giudizio, solo quella formatasi nel contraddittorio delle parti, in conformità quindi ad un orientamento irrinunciabile per un sistema accusatorio. Ciò almeno di regola e, quindi, in assoluta coerenza con la tendenzialità dell'impronta accusatoria voluta dal legislatore del 1988.

Se questi criteri non sono osservati, si pregiudica lo stesso fondamento della distinzione tra procedimento e processo, con un'inevitabile deriva inquisitoria. E' da tenere presente, a questo proposito, che non si tratta semplicemente di difendere un dogma. Si tratta al contrario di una scelta fondamentale in termini di politica processuale, che aveva ispirato l'intera costruzione del codice, ribadita, tra l'altro, espressamente dalla *Relazione*⁴⁹, in cui si evidenzia una “netta scansione tra il procedimento, che si articola nelle indagini preliminari, ed il processo, che nasce quando il magistrato del pubblico ministero imbecca la strada della formulazione dell'accusa (imputazione)”.

Per ragioni di economia espositiva, non è possibile in questa sede ampliare eccessivamente l'analisi, per trattare singoli aspetti che pure potrebbero estremamente importanti ai fini dell'argomento in esame e che porterebbero alla

⁴⁹ *Relazione*, cit., 100.

conclusione che le modifiche nel corso del tempo introdotte, hanno profondamente alterato la fisionomia del codice, al punto da metterne in discussione la stessa coerenza sistematica. Il giudizio che molti hanno espresso è che ben poco è rimasto dell'originario spirito accusatorio. Il legislatore ha apportato correzioni molteplici, di regola sotto la spinta di logiche emergenziali, e a tali logiche non è sfuggita nemmeno la Corte costituzionale, che è ripetutamente intervenuta per correggere ed interpretare. Il risultato finale è un sistema che ha perso la sua originaria fisionomia⁵⁰.

Per altro, al di là di queste deviazioni, per così dire patologiche, dal punto di vista del tasso d'accusatorietà del sistema, occorre precisare che a ben vedere, dalla natura processuale dell'udienza preliminare, discende che la separazione non è, come pure per semplificare si è detto, tra fase processuale e fase procedimentale, bensì tra fase preliminare, comprensiva di un momento procedimentale (indagini preliminari) e di uno processuale (l'udienza preliminare), e fase dibattimentale⁵¹. Ed in effetti, tra indagini preliminari e udienza preliminare non potrebbe sussistere alcuna separazione, in quanto essa è destinata proprio al vaglio dell'attività investigativa del magistrato del pubblico ministero, per accoglierne o respingerne le richieste.

⁵⁰ Tra gli altri, in senso particolarmente critico, P. FERRUA, *Studi sul processo penale; declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, Torino, 1997, 40 ss.

⁵¹ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 110; id., "Codice di procedura penale", *Enciclopedia del diritto*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 302.

Dopo l'aspetto contenutistico, rimane da analizzare un profilo d'ordine terminologico. Si è già detto della configurazione del rapporto procedimento-processo come rapporto di genere a specie. Ciò in quanto la sequenza si avvia come procedimento (per le indagini preliminari) e si specifica come processo. Entrambe le fasi, tuttavia, s'inseriscono in una stessa serie logica e cronologica, vale a dire il *procedimento penale*, assumendo così il termine procedimento un altro e più ampio significato.

Si può quindi dire che il procedimento per le indagini preliminari è la fase durante la quale gli organi investigativi (magistrato del pubblico ministero e polizia giudiziaria), acquisita una *notitia criminis*, compiono tutti gli atti necessari per vagliarne l'eventuale corrispondenza ad una fattispecie di reato, in modo da consentire allo stesso magistrato del pubblico ministero che ha la direzione delle indagini, ed un certo margine di discrezionalità nella conduzione delle stesse, di assumere le sue determinazioni, ossia di orientarsi tra esercizio dell'azione penale, con la formulazione dell'imputazione o richiesta d'archiviazione, nel rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.* Norma quest'ultima, il cui rispetto, anche nel codice vigente, è assicurato dalla considerazione che “quella del magistrato del pubblico ministero si presenta non come una scelta bensì come una determinazione scaturente in termini di stretta consequenzialità, dalla rilevazione della specifica situazione di fatto”⁵².

⁵² A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 137.

Il processo invece è “l’insieme degli atti che confluiscono nella decisione del giudice sull’azione penale promossa dal magistrato del pubblico ministero, destinata ad acquisire carattere di definitività”⁵³. Processo quindi è, innanzi tutto, il dibattimento, in quanto fase destinata alla formazione della prova davanti al giudice, nella contrapposizione dialettica tra le parti. Ma natura processuale ha anche l’udienza preliminare.

Infine, il procedimento penale è costituito dal complesso degli atti delle indagini preliminari e del processo.

Va in ogni caso notato che il legislatore non sempre utilizza i termini in maniera coerente, in modo da rispecchiare la citata ripartizione, anche se si è osservato che “la validità della distinzione non può essere infirmata da alcuni usi impropri, che pure si ritrovano”⁵⁴. A tal proposito si richiama, p.e., l’art. 271 comma 3 c.p.p., in tema di intercettazioni, in cui è utilizzata l’espressione processo in luogo di procedimento; l’art. 82 c.p.p., in materia di costituzione di parte civile, in cui, al contrario, si usa l’espressione procedimento in luogo di processo.

Più in generale, è stato notato che la chiara distinzione semantica assunta a premessa dal legislatore, non ha impedito l’utilizzazione promiscua ed indifferenziata dei due termini procedimento e processo⁵⁵. Al riguardo si fa

⁵³ A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 24.

⁵⁴ A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 26.

⁵⁵ A. PASCULLI, “*Note critiche sul lessico processuale; spunti di riflessione*”, Scuola forense, 1/1998, (http://digilander.iol.it/rights/98_spunt1_5.htm)

riferimento, tra l'altro, all'art. 20 c.p.p., in tema di difetto di giurisdizione, il quale può essere rilevato anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, norma nella quale il termine procedimento "assorbe la significanza processuale". Una tale osservazione può essere condivisa nella misura in cui si voglia sottolineare che il difetto di giurisdizione può essere rilevato non solo nel corso del processo, ma per tutta la durata del procedimento penale, ivi comprese le indagini preliminari. Non può invece accettarsi il richiamo a tale norma, e ad altre, come il sintomo di una "deteriore sinonimia tra segni linguistici", fino a dedurre da questa, e non più fondatamente da altre considerazioni, che "se il processo diventa procedimento, cade la distinzione tra fasi". Al contrario, il termine è usato nel suo corretto significato, in quanto indicativo del procedimento penale nel suo complesso, fermo restando che il medesimo segno linguistico, in altro contesto, assume un diverso significato, in quanto fase non giurisdizionale.

Tralasciando gli ulteriori significati in cui è utilizzato il termine procedimento (procedimenti speciali, procedimento in camera di consiglio, procedimento cautelare, ecc.), pare invece più utile, conclusivamente, un'attenta valutazione dell'effettiva portata del principio della separazione delle fasi, ad ulteriore chiarimento di quanto già accennato. In proposito autorevole dottrina⁵⁶, incentrando l'analisi sull'art. 326 c.p.p., evidenzia come questa norma sembra porre come regola assoluta che gli atti d'indagine non debbano avere nessuna

⁵⁶ M. NOBILI, "Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?", *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 21 ss.

rilevanza probatoria, dovendo servire unicamente per le determinazioni del magistrato del pubblico ministero; in realtà ciò non risponde al vero. “La fase preliminare serve anche per le determinazioni del titolare dell’accusa, ma non soltanto per esse”. Si è già visto, sia pure in termini generali, come quest’analisi sia confermata dai dati normativi, ma non sembra giustificato, almeno con riguardo al disegno originario del legislatore, paventare un passaggio “dal garantismo accusatorio all’accusatorio non garantito”. Quando una tale conseguenza si verifica (ossia la rilevanza degli atti d’indagine), si tratta pur sempre (almeno così dovrebbe essere), di un’eccezione alla regola generale, che entro certi limiti, è compatibile con la dinamica di uno svolgimento accusatorio. Per cui, stabilita la regola, che in termini concreti si traduce nel regime del doppio fascicolo (come subito si vedrà), si ammette tuttavia la possibilità di una definizione anticipata del procedimento, senza pubblico dibattimento e senza assunzione di mezzi di prova (salvo l’incidente probatorio), con una decisione “allo stato degli atti”, sulla base, in sostanza, di quanto acquisito dalla polizia giudiziaria e dal magistrato del pubblico ministero (si tratta di quella che si è definita “alternativa inquisitoria”). Inoltre, un’ulteriore rilevanza degli atti d’indagine, deriva dal regime delle contestazioni e delle letture. Si può quindi affermare che il principio della separazione delle fasi, e quindi della non rilevanza probatoria degli atti d’indagine, ha una valenza relativa e non assoluta.

L'analisi condotta porta a ritenere corretto parlare, con riguardo al codice attualmente vigente, di separazione di fasi e non di "autonomia". In verità, dal punto di vista lessicale, il concetto di separazione delle fasi, di per sé stesso, lascia semplicemente trasparire l'idea di diversi segmenti, che distinti per ragioni sistematiche, sono comunque inquadrabili in una medesima sequenza, in cui ciascun atto, e ciascuna fase, è presupposto e giustificazione di quella successiva. Questa descrizione a ben vedere corrisponde alla stessa definizione di procedimento, e quindi non postula alcuna qualificazione in termini di accusatorietà od inquisitorietà, che dipenderà piuttosto dalla misura in cui la fase precedente è in grado di condizionare, sul piano dei risultati, quella successiva. Ma proprio sotto questo profilo, la separazione in termini logici diventa separazione in termini contenutistici e di concreti rapporti processuali.

Solo però quando sia assicurata almeno tendenzialmente l'assolutezza della cesura tra fase preliminare e dibattimento, si potrà parlare di "autonomia delle fasi"; tendenzialmente perché, in ogni caso, si dovrà quanto meno ammettere la rilevanza degli atti irripetibili. Sia per quanto detto in precedenza, sia per quanto emergerà gradualmente nel corso della trattazione, non pare si possa dire che la disciplina processuale attualmente vigente s'informi al principio della "autonomia" delle fasi, intendendo quest'ultima come assoluta indipendenza tra diversi momenti di uno stesso procedimento penale, e quindi come massima esplicazione di canoni accusatori.

1.4 *Il regime del doppio fascicolo.*

Una volta descritto in linea generale il significato e l'effettiva portata della separazione delle fasi, si rende necessario verificare in che termini essa sia concretamente assicurata sul piano pratico-operativo.

A tal proposito, si è osservato che “la soluzione tecnica che commisura il livello cui la riforma si è spinta, nel permeare la disciplina dell'acquisizione probatoria dei caratteri del modello processuale accusatorio, è costituita dall'*escamotage* del doppio fascicolo”⁵⁷.

Ciò in pratica vuol dire che l'effettività del principio della separazione delle fasi, è garantita, appunto, dal regime del doppio fascicolo, ossia il fascicolo per il dibattimento ed il fascicolo del magistrato del pubblico ministero, *ex artt.* 431-433 c.p.p. Scopo di questa disciplina è, infatti, di limitare “l'universo conoscitivo”⁵⁸ del giudice del dibattimento, rispetto a quanto avvenuto nelle fasi anteriori, garantendosi, in tal modo, la sua autonomia di giudizio.

In effetti, com'è stato osservato⁵⁹, la possibilità riconosciuta al giudice di prendere visione della documentazione relativa alle fasi anteriori, implica il pericolo di un suo condizionamento nel giudizio, quanto meno psicologico, ed ancora prima, rischia di compromettere la condotta del giudice stesso durante

⁵⁷ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 261.

⁵⁸ E. AMODIO – O DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., XLIV.

⁵⁹ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 714.

l'acquisizione della prova, a causa del pregiudizio che, anche inconsapevolmente, egli può essersi formato.

Al contrario, la disciplina del doppio fascicolo tende a garantire quello che è stato definito “il privilegio delle parti rispetto al giudice, per quanto attiene alla conoscenza dei fatti oggetto del dibattimento”⁶⁰. Si è in sostanza voluto evitare che la conoscenza del giudice si estendesse a fonti probatorie che egli, invece, per le ragioni viste, deve ignorare, ed in questo senso egli non è posto sullo stesso piano del magistrato del pubblico ministero e dei difensori, che quelle fonti conoscono e che tuttavia, se intendono avvalersene, debbono introdurle nel dibattimento. Solo allora esse entreranno nel patrimonio conoscitivo del giudice, secondo le regole dettate per l'istruzione dibattimentale *ex art. 496 ss. c.p.p.* Si è rilevato, infatti, che “non basta garantire il contraddittorio nella formazione delle prove, che si assumono nel corso del dibattimento; l'instaurarsi di un corretto rapporto tra prove e decisioni giudiziali, alla luce del principio del contraddittorio esige, altresì, che vengano determinati i limiti di utilizzabilità dei materiali, potenzialmente probatori, formati nelle fasi anteriori del procedimento”⁶¹.

La soluzione dettata dal codice di procedura penale vigente è, quindi, opposta a quella che caratterizzava il codice abrogato, in forza del quale il giudice del dibattimento poteva consultare un fascicolo, che riceveva con il provvedimento che

⁶⁰ E. AMODIO – O DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., XLV.

⁶¹ M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., 133.

disponeva il giudizio e nel quale erano contenuti tutti gli atti della fase precedente. Questo solo fatto era, di per sé, sufficiente a compromettere l'originalità del giudizio; si aggiunga poi, che il regime delle letture consentiva, anche formalmente, l'ampia utilizzazione, ai fini probatori, di atti compiuti nella fase istruttoria dagli organi investigativi.

Se questa è la *ratio*, sul concreto piano disciplinare, l'art. 431 c.p.p., così come modificato dall'art. 26 l. 479/99, prevede che dopo l'emissione del decreto che dispone il rinvio a giudizio, debba essere formato il fascicolo per il dibattimento, nel quale possono essere inseriti solo:

- 1) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale ed all'esercizio dell'azione civile;
- 2) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria e dal magistrato del pubblico ministero⁶²;
- 3) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale ed i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità, nonché i verbali degli atti assunti all'estero, sempre mediante rogatoria, ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro riconosciute dalla legge italiana;
- 4) i verbali degli atti assunti in sede di incidente probatorio;

⁶² L'art. 15 della l. 397 del 7 dicembre 2000, pubblicata in *G.U. n. 2 del 3 gennaio 2001*, dal titolo "disposizioni in materia di indagini difensive", ha aggiunto il riferimento agli atti irripetibili compiuti dal difensore.

- 5) il certificato generale del casellario giudiziale e gli altri documenti indicati nell'art. 326 c.p.p. (p.e., documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici o presso gli uffici di sorveglianza);
- 6) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove.

La disciplina dell'art. 431 c.p.p. è dettata in funzione dell'attuazione della direttiva n. 57 della legge delega 81/87, ed indica, secondo un criterio di tassatività, gli atti che possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento. Ciò assume una fondamentale importanza in quanto, in virtù dell'art. 511 c.p.p., il giudice, anche d'ufficio, dispone che sia data lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, con la conseguenza che essi costituiranno prove legittimamente acquisite, secondo la dizione dell'art. 526 c.p.p., e come tali saranno utilizzabili ai fini della decisione.

La disciplina relativa al fascicolo del dibattimento, in relazione al tema trattato in questa sede, rileva essenzialmente sotto due punti di vista. In primo luogo, con riferimento agli atti irripetibili che, in quanto eccezione rispetto alla regola dell'irrilevanza degli atti della fase preliminare, interferiscono con la connotazione accusatoria del processo penale e quindi, in definitiva, con la tematica della funzione del processo; in secondo luogo, in relazione ai poteri del giudice dell'udienza preliminare, tenuto conto in particolare della legge 479/99.

Per quanto riguarda la prima questione, il problema dell'irripetibilità si può porre, innanzi tutto, sia con riferimento agli atti del magistrato del pubblico ministero, sia per quelli della polizia giudiziaria. Per altro, da un punto di vista strettamente testuale, la dizione "irripetibilità" è utilizzata (al di fuori dell'art. 431 c.p.p.) dall'art. 360 c.p.p., che con riferimento all'attività del magistrato del pubblico ministero, disciplina gli accertamenti tecnici non ripetibili su "persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazioni". L'espressione non è invece utilizzata con riguardo all'attività della polizia giudiziaria ove, invece, nell'ambito dell'art. 354 c.p.p., si disciplinano gli "accertamenti urgenti".⁶³

Va poi rilevato che il legislatore non ha fornito una definizione di "irripetibilità". Nella *Relazione*⁶⁴ si legge che nel corso dei lavori preparatori fu prospettata "l'esigenza di elencare tassativamente, nell'ambito dell'attività del magistrato del pubblico ministero, gli atti irripetibili [...]"; la tesi non fu tuttavia condivisa, "sia per l'impostazione accolta, tendente ad evitare l'elencazione di atti tipici del pubblico ministero, sia per il rilievo che deve essere riconosciuta al giudice del dibattimento, la valutazione circa l'effettiva non ripetibilità degli atti in

⁶³ Senza dilungarsi su questo argomento, è utile osservare che significativi sviluppi sul tema degli atti irripetibili derivano dalla già citata l. 397/2000, la quale ha inserito nel libro V del codice di procedura penale il titolo VI *bis* (artt. 391 *bis* – 391 *decies*) [indagini difensive]. In particolare, l'art. 391 *decies* c.p.p. testualmente dispone che la documentazione degli atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, è inserita nel fascicolo previsto dall'art. 431 (comma 2). Quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero, per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art. 360. Negli altri casi di atti non ripetibili di cui al comma 2, il pubblico ministero, personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi (comma 3).

⁶⁴ *Relazione*, cit., 90.

concreto; tanto più che la distinzione tra atti ripetibili e non, sembra legata anche al divenire dell'esperienza teorica e pratica”.

Questa scelta non ha mancato di suscitare aspre critiche da parte della dottrina. In particolare, autorevolmente⁶⁵, da un lato fu evidenziata l'incongruità del collegamento tra mancata tipizzazione degli atti del magistrato del pubblico ministero e degli atti irripetibili; dall'altro, già con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 431 c.p.p., si sottolineò che il giudice del dibattimento giunge buon ultimo alla valutazione dell'irripetibilità dell'atto, perché prima di lui il giudice dell'udienza preliminare ne ha disposto l'inserimento nel fascicolo del dibattimento. Ciò comporta che il giudice finisce comunque per prendere conoscenza dell'atto, se non altro al fine di disporre l'esclusione. Ne deriva una compromissione del principio della separazione delle fasi, che rischia di travalicare in via patologica i limiti dell'eccezione.

L'art. 431 c.p.p., prima della l. 479/99, per la formazione del fascicolo dibattimentale non prevedeva alcun contraddittorio. Il fascicolo era formato dalla cancelleria del giudice dell'udienza preliminare, secondo le prescrizioni di quest'ultimo, mentre solo nella successiva fase dibattimentale, e precisamente nell'ambito delle questioni preliminari di cui all'art. 491 c.p.p., le parti potevano

⁶⁵ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 723; A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 518; D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 263 s.; G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1996, 315 ss.

sollecitare un controllo sulle decisioni adottate dal giudice⁶⁶. A tal proposito, si può notare che, talvolta, pur criticandosi la scelta del legislatore di non specificare il concetto d'irripetibilità, non si ha abbastanza consapevolezza delle conseguenze che ne derivano, ritenendosi che “data la estraneità del giudice dibattimentale rispetto alla formazione del fascicolo per il dibattimento, la possibilità di sollevare e decidere la relativa questione ai sensi dell'art. 491 c.p.p., rappresenta un'adeguata garanzia di controllo circa la correttezza dei criteri seguiti dal giudice dell'udienza preliminare”⁶⁷. Ciò può essere vero, ma rimangono fermi gli inconvenienti sopra accennati.

La norma di cui all'art. 431 c.p.p. è stata ampiamente modificata, in quanto essa, nella sua attuale formulazione, stabilisce che il giudice, direttamente e non più tramite indicazioni impartite alla cancelleria⁶⁸, provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento, prevedendosi poi, su richiesta di parte, la possibilità della fissazione di una nuova udienza, non oltre quindici giorni, per la formazione del fascicolo stesso. La nuova formulazione della

⁶⁶ La *Relazione*, cit., 103, espressamente afferma che “qualsiasi errore nella scelta degli atti non ripetibili, può in ogni caso essere rilevato dalle parti, in sede di decisione delle questioni preliminari nella fase dibattimentale”.

⁶⁷ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 264.

⁶⁸ In dottrina si è detto che tale novità risponde a ragioni di opportunità, perché “sarebbe insolito, nonché contrario a qualsiasi regola di economia processuale, attribuire al giudice la gestione di una vera e propria procedura per identificare gli atti da inserire nel fascicolo dibattimentale e demandarne la formazione ad un soggetto diverso in un momento successivo” (G. GARUTI, “*La formazione del fascicolo per il dibattimento*”, in *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, coordinati da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, I, Giuffrè, Milano, 2000, 537).

norma porta l'attenzione sulla seconda questione accennata sopra. In proposito si rende necessaria una pluralità di considerazioni.

In primo luogo, già durante l'*iter* d'approvazione di quella che poi sarebbe diventata la legge 479/99, negli ambienti accademici si mossero pesanti critiche verso la nuova formulazione della norma, così come si andava profilando. Da un lato, come del resto già con riferimento alla vecchia formulazione, si stigmatizzava la scelta del legislatore di continuare ad attribuire al giudice dell'udienza preliminare il compito di procedere alla formazione del fascicolo del dibattimento, salva poi la possibilità per le parti di svolgere le relative contestazioni davanti al giudice del dibattimento.

Dall'altro lato, si proponeva come soluzione quella di attribuire allo stesso giudice dibattimentale la formazione del fascicolo, in quanto giudice legittimato pronunciarsi sul merito dell'imputazione, permettendo in questo modo il superamento dell'inconveniente derivante dalla conoscenza degli atti in esso (provvisoriamente) contenuti, anche quando il giudice ne avesse disposto l'esclusione. Una tale soluzione non fu mai presa in considerazione nel corso dei lavori preparatori, e, d'altra parte, si può ritenere che essa non avrebbe cambiato di molto i termini del problema. In effetti, l'esigenza che si è evidenziata è d'assoluto rilievo. Tuttavia, se pure si fosse attribuito direttamente al giudice del dibattimento (e non al giudice dell'udienza preliminare, sia pure in contraddittorio) il potere di procedere alla formazione del fascicolo, a ben vedere non si sarebbe comunque

riusciti ad impedire l'inconveniente menzionato, data la non tipizzazione degli atti irripetibili. Infatti, per decidere l'eventuale esclusione di un atto, il giudice avrebbe pur sempre dovuto prenderne visione, almeno sommariamente⁶⁹. Il vero problema rimane, dunque, quello della non individuazione in forma tassativa degli atti irripetibili⁷⁰.

Se ciò è vero, rimangono tuttavia fondate altre obiezioni. Con riferimento all'art. 431 c.p.p., nella sua versione precedente, si è osservato che "l'elencazione degli atti inseribili nel fascicolo del dibattimento era considerata tassativa, ed era escluso che le parti potessero, in deroga alle precise indicazioni, consentire l'aggiunta di ulteriori atti; tant'è che si riconosceva al giudice del dibattimento di

⁶⁹ In dottrina si è appunto sottolineato che le modalità di formazione del fascicolo del dibattimento debbono essere tali da "eliminare o quanto meno ridurre in misura considerevole il rischio che il giudice dibattimentale, decidendo sulle questioni ex art. 491 c.p.p. comma 2, prenda cognizione, sia pure al fine limitato di sancire l'estromissione dal fascicolo, di atti che non avrebbero dovuto pervenire alla sua conoscenza" (F. CAPRIOLI, "Contenuti e modalità di formazione del nuovo fascicolo per il dibattimento", in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, *Dir. pen. proc.*, 3/2000, 294).

⁷⁰ Sulla definizione del concetto di "irripetibilità" si veda A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 116 ss., il quale, partendo dalle disposizioni dagli artt. 360 c.p.p. e 117 disp. att., individua due diversi significati dell'irripetibilità. Vale a dire, irripetibilità nel senso di "non rinnovabilità" e nel senso di "indifferibilità"; si conclude affermando che l'art. 431 c.p.p. si riferisce ad entrambe. Così, nel primo senso, saranno irripetibili gli atti relativi ai mezzi di ricerca della prova, quali ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni, che sono intrinsecamente non ripetibili, in quanto, a prescindere dalla loro indifferibilità, essi non possono essere compiuti che una sola volta; nel secondo senso sarà non ripetibile, per esempio, la dichiarazione resa al magistrato del pubblico ministero od alla polizia giudiziaria, da un soggetto in punto di morte, dichiarazione che, di per se stessa, sarebbe invece ripetibile. La tesi esposta è per altro minoritaria. L'orientamento prevalente è invece nel senso di limitare il riferimento all'irripetibilità dell'art. 431 c.p.p., agli atti intrinsecamente non ripetibili. Tale, tra gli altri, l'opinione di M. GAMBAREDELLA, "Udienza preliminare", in *Codice di procedura penale; rassegna di dottrina e giurisprudenza*, G. LATTANZI – E. LUPO, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1998, 632; A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", cit., 7; F. PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo c.p.p.*, Giuffrè, Milano, 1994, 145; G. FRIGO, "Udienza preliminare", cit., 724. Quest'ultimo in particolare afferma che "è ben vero che un atto potrebbe divenire irripetibile per cause intervenute successivamente, ma il relativo regime giuridico [...] è quello dell'art. 512 c.p.p.", concludendo che non si può condividere la tesi che afferma che potrebbero essere inclusi nel fascicolo per il dibattimento quegli atti di cui sia divenuta impossibile la ripetizione, quando tale impossibilità fosse già conosciuta al momento del compimento dell'atto.

provvedere, anche d'ufficio, all'integrazione, ma anche all'eliminazione di atti dal suo fascicolo"⁷¹.

L'attuale art. 431 comma 2 c.p.p., prevede, invece, la possibilità di inserire nel fascicolo (per il dibattimento), in base all'accordo delle parti, atti contenuti nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, oltre alla documentazione relativa alle indagini svolte dal difensore. Tale disposizione introduce la possibilità della formazione di un vero e proprio "fascicolo istruttorio", che si pone chiaramente in antitesi con la proclamata connotazione accusatoria del sistema, costituendo una clamorosa smentita del principio della separazione della fasi. Per inciso, va notato che tale norma è chiaramente connessa con il nuovo art. 493 c.p.p.⁷² e, nella specie, con il comma 3, ove si prevede che anche subito dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, al momento in cui le parti rivolgono al giudice le proprie richieste in ordine alle prove, esse "possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività investigativa difensiva".

Limitando tuttavia l'analisi all'art. 431 (in particolare il comma 2), in termini riduttivi, la norma in questione è stata descritta solo come una eccezione al principio della separazione delle fasi, che non si applica agli atti che le parti

⁷¹ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale; commento alla legge Carotti 479/99*, raccolta "Teoria e pratica del diritto", Giuffrè, Milano, 2000, 132.

⁷² Come sostituito dall'art. 40 della l. 479/99.

concordino di far confluire nel fascicolo per il dibattimento⁷³. Si è aggiunto che, rispetto agli atti compiuti nel corso dell'udienza preliminare ed alle indagini difensive, che pure dovrebbero essere destinati al fascicolo del magistrato del pubblico ministero, una volta inseriti, per accordo, nel fascicolo per il dibattimento, resta sempre salva la possibilità per il giudice di disporre l'acquisizione delle prove, in contraddittorio, in forza del disposto dell'art. 507 comma 1 *bis* c.p.p., come inserito dall'art. 42 della l. 479/99⁷⁴.

E' stato tuttavia notato⁷⁵ che "l'inserimento degli atti assunti nel corso dell'udienza preliminare (che dovrebbero rifluire nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero), comporta una gravissima menomazione del principio dell'oralità del dibattimento, ancor più grave se si pensa che la prova, nell'udienza preliminare, viene assunta senza il metodo dell'esame incrociato". Per contro, altri ha invece ritenuto esagerate le preoccupazioni suscitate dalla norma, osservando che l'acquisizione dei verbali delle prove assunte in sede d'udienza preliminare è comunque condizionato dall'accordo delle parti⁷⁶.

Come accennato, il nuovo art. 431 c.p.p. prevede che il fascicolo per il dibattimento debba essere formato, pur sempre in sede d'udienza preliminare, ma

⁷³ Ciò tanto se si tratti di atti già contenuti nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, sia che si tratti di atti che comunque vi sarebbero destinati, come nei casi appresso citati.

⁷⁴ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 113.

⁷⁵ G. PANSINI, "Con i poteri istruttori attribuiti al gup il codice retrocede allo schema inquisitorio", in *Diritto & Giustizia*, n. 2/2000, 61.

⁷⁶ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 133.

nel contraddittorio delle parti⁷⁷. Per altro, la norma nulla dice sulle modalità in cui debba estrinsecarsi tale contraddittorio. Al riguardo si sono proposte due soluzioni⁷⁸. La prima potrebbe essere che sia il giudice ad indicare alle parti i documenti che intende inserire nel fascicolo del dibattimento, e poi, sulla base delle loro osservazioni, richieste ed eccezioni, provveda alla formazione del fascicolo. Si è per altro espressa la consapevolezza della difficile attuabilità di una tale soluzione, che pure sarebbe la più garantista, per le lungaggini formali che ne deriverebbero.

Una seconda soluzione potrebbe quindi essere, secondo quanto si sostiene, quella in forza della quale il giudice omette l'indicazione preventiva e si limita semplicemente ad invitare le parti a formulare le loro richieste, provvedendo poi alla formazione del fascicolo, "curando però di assicurare il contraddittorio sugli atti e documenti non indicati dalle parti".

In ogni caso, si ritiene che una volta che le parti abbiano raggiunto l'accordo sugli atti da inserire nel fascicolo, il giudice dell'udienza preliminare debba provvedere in conformità.

Proprio quest'ultima possibilità rende edotti della misura della compromissione del principio della separazione delle fasi. E' pur vero che

⁷⁷ In dottrina si è parlato di una "devastante novità" e di "inutile suppellettile" di cui il legislatore ha fatto dono (R. BRICCHETTI, *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, in *Guida diritto*, 1/2000, LVIII).

⁷⁸ U. ANTICO, "La legge Carotti", *Unità per la Costituzione – Incontro con gli uditori giudiziari*, Napoli, 7 gennaio 2000. (<http://digilander.iol.it/giuranna/spazioaperto/Commento%20alla%20Carotti.htm>)

l'accordo costituisce pur sempre una garanzia, ma si profila una sorta di "patteggiamento" che permettendo alle parti di accordarsi sugli atti da inserire nel fascicolo, prescinde totalmente dalla loro natura, potendo, in via degenerativa, profilarsi anche una sorta di scambio e di concessioni reciproche, che produce conseguenze dirompenti per la coerenza del sistema. Da una lato, infatti, si pone nel nulla il principio della tendenziale irrilevanza degli atti d'indagine, con evidenti implicazioni inquisitorie; dall'altro, si rischia di ridurre il ruolo del giudice a quello di mero spettatore, rimettendosi alle determinazioni delle parti. Due conseguenze logicamente in antitesi, ma, sembra, potenzialmente entrambe desumibili dalla nuova disciplina, se effettivamente si ritenesse il giudice vincolato all'accordo delle parti.

E' pur vero che la decisione finale in ordine alla composizione del fascicolo spetta al giudice del dibattimento. Ma, in ogni caso, egli a quel punto avrà già preso conoscenza degli atti in questione.

Proprio la considerazione che quella del giudice dell'udienza preliminare è solo una prima valutazione e che la decisione finale è adottata *ex art. 491 c.p.p.* dal giudice del dibattimento, in sede di questioni preliminari, porta a mettere in luce un'ulteriore contraddizione. Si è, infatti, acutamente osservato⁷⁹ che l'ampliamento delle garanzie, con la previsione del contraddittorio per la formazione del fascicolo, aveva inizialmente una sua logica, in quanto era prevista l'eliminazione della

⁷⁹ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 151.

relativa questione preliminare *ex art. 491 c.p.p.*; nella versione definitiva invece, quest'ultima norma non è stata più oggetto di modifica, per cui, “il controllo giudiziale in materia (in sede di u.p.) appare inutile, atteso che è sempre possibile affrontare tale problematica nei modi statuiti dall'art. 491 c.p.p.”, producendosi quindi solo un'inopportuna dilatazione dei tempi processuali. Opposta è invece l'opinione di chi sostiene che la legge di riforma “fortunatamente non ha eliminato il riferimento, nell'art. 491 comma 2, alle questioni sulla formazione del fascicolo del dibattimento; ciò significa che residua al giudice del dibattimento un controllo su di esso, e la possibilità per le parti di sollevare questione in ordine a tale formazione”⁸⁰. L'osservazione, in verità, è rapportata all'ampliamento dei poteri istruttori del giudice per l'udienza preliminare (dei quali ci si occuperà ampiamente più avanti). In effetti, considerata la questione sotto questo punto di vista, la scelta legislativa in merito all'art. 491 c.p.p., potrebbe essere valutata positivamente, nella misura in cui si riesca, quanto meno, ad impedire effettivamente l'utilizzo di atti assunti nel corso dell'udienza preliminare. Ma si tratta di un palliativo, perché il problema sorge a monte dell'intoccato art. 491 c.p.p. e riguarda l'art. 431 c.p.p.

Per comprendere come si sia potuti giungere a tale risultato, vale la pena considerare brevemente, e salvo successivi approfondimenti, i lavori preparatori della l. 479/99. Essa è il risultato di un lungo *iter* parlamentare, iniziato il 9 maggio 1996, con la presentazione della proposta di legge. n. 411, d'iniziativa del deputato

⁸⁰ G. PANSINI, “*Con i poteri istruttori attribuiti al gup, il codice retrocede allo schema inquisitorio*”, cit., 61.

Scoca, recante “modifiche agli artt. 314 e 315 c.p.p. in materia di riparazione per ingiusta detenzione”. Alla citata proposta di legge se ne aggiunsero altre, ed in particolare la n. 1182, presentata dal deputato Saraceni, il 22 maggio 1996, intitolata “modifiche al codice di procedura penale in materia di udienza preliminare e procedimenti speciali”. Nella seduta della Commissione Giustizia della Camera del 12 maggio 1998, il relatore, deputato Carotti, presentava un testo unificato delle proposte in discussione, il quale tuttavia, sostanzialmente, ricalcava principalmente quella del deputato Saraceni⁸¹.

Il testo così predisposto, sul quale inizialmente si svolsero i lavori parlamentari, prevedeva, per quanto in questa sede interessa, all’art. 18, l’integrale sostituzione del tit. IX, libro V del codice di procedura penale (udienza preliminare), la cui rubrica avrebbe dovuto essere modificata in “udienza predibattimentale”. Nel merito, si prevedeva un nuovo art. 433 *bis* c.p.p. (fascicolo del dibattimento), in forza del quale si stabiliva quali atti avrebbero dovuto entrare a far parte del fascicolo da trasmettere al giudice dibattimentale. Nell’adottare le relative decisioni, il giudice (dell’udienza predibattimentale) avrebbe dovuto provvedere “nel contraddittorio delle parti”. Si prevedeva, inoltre, che nel fascicolo potessero essere inseriti “su autorizzazione del giudice, gli atti contenuti nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, per i quali vi sia la richiesta od il consenso del difensore dell’imputato”.

⁸¹ I lavori preparatori della l. 479/99 sono consultabili sui siti della Camera dei deputati e Senato della Repubblica: <http://www.camera.it> e <http://www.senato.it>.

Coerentemente, alla previsione della formazione del fascicolo nel contraddittorio delle parti, corrispondeva, all'art. 61 del disegno di legge, la prevista abrogazione dell'art. 491 c.p.p. Quest'ultima innovazione, a sua volta, andava coordinata con il nuovo art. 424 c.p.p., che faceva riferimento alle questioni preliminari, ed il cui testo riproduceva quanto già previsto dall'art. 491 c.p.p., anche se depurato dal riferimento alle questioni concernenti il fascicolo per il dibattimento.

L'impostazione originaria, favorevole all'introduzione di una "udienza predibattimentale, fu successivamente abbandonata, nel corso dei lavori parlamentari, ed il disegno di legge subì numerose modifiche nei suoi passaggi nei due rami del Parlamento. Inizialmente, nel testo approvato dalla Commissione Giustizia della Camera il 23 settembre 1998, restò fermo il riferimento all'udienza predibattimentale, e la disciplina del fascicolo del dibattimento rimase in linea di massima immutata rispetto al testo originario predisposto dal relatore. Tuttavia, giunto il testo in Aula, ci si orientò in una diversa direzione, ed anziché introdurre un'udienza predibattimentale, si ritenne di rafforzare i poteri del giudice dell'udienza preliminare. Le motivazioni di questo cambiamento saranno specificate più avanti. Per ora interessa solo osservare che nel testo approvato dalla Camera dei Deputati il 10 febbraio 1999, si prevedeva (art. 28 del d.d.l.) la sostituzione dell'art. 431 c.p.p. con una nuova norma, che, a parte modifiche minori, ancora richiedeva il contraddittorio tra le parti per la formazione del

fascicolo ed il possibile inserimento nello stesso di atti contenuti nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, su autorizzazione del giudice, previa richiesta o consenso del difensore. Sarebbe inopportuno in questa sede dilungarsi ulteriormente sull'*iter* parlamentare della legge, che, con riferimento all'art. 431, portò, tra l'altro, a modificare la rubrica da "fascicolo del dibattimento" in "fascicolo per il dibattimento" e a sostituire la dizione originariamente prevista, che si riferiva all'autorizzazione del giudice, su richiesta o consenso, con quella che invece richiede che il giudice provveda nel contraddittorio delle parti, con la possibilità per le stesse parti di accordarsi sugli atti da inserire nel fascicolo, come si legge nella norma, nella sua formulazione attualmente vigente. Modiche, queste ultime, risultanti dagli emendamenti proposti nella Commissione Giustizia del Senato, e poi adottate dall'Assemblea nel testo approvato il 6 ottobre 1999. Ma è appunto nella previsione del contraddittorio per la formazione del fascicolo che emerge un elemento su cui si accentra la critica della dottrina⁸².

Il contraddittorio, a quei fini, aveva infatti un senso, se collegato alla previsione dell'udienza predibattimentale. In quell'ambito esso aveva pur sempre una sua giustificazione, poiché, da un lato si prevedeva l'abrogazione dell'art. 491 c.p.p., e dall'altro la proponibilità delle questioni preliminari, ivi comprese quelle relative al fascicolo del dibattimento, sarebbe stata preclusa se esse non fossero state avanzate nel corso dell'udienza predibattimentale stessa. Ne derivava,

⁸² A. SCALFATI, "Udienza preliminare", cit. 151.

appunto, la necessità di instaurare un adeguato contraddittorio, che, invece, *rebus sic stantibus*, non ha più senso, configurandosi solo come un'inutile duplicazione di attività processuali. In verità, in dottrina si è osservato che la novità della formazione del fascicolo nel contraddittorio delle parti “sembra essere conseguenza della mutazione genetica che ha investito l'udienza preliminare: il potenziamento delle garanzie di giurisdizionalità non poteva limitarsi alle sole formalità introduttive e allo svolgimento della procedura, ma doveva coinvolgere per ragioni di organicità, anche il momento di formazione del fascicolo, funzionalmente collegato all'udienza preliminare”⁸³. Tuttavia, si riconosce che gli effetti benefici che tale meccanismo sarebbe stato potenzialmente in grado di produrre, in sede di apertura del dibattimento, grazie alla già avvenuta soluzione delle questioni relative alla formazione del fascicolo, sono vanificati dalla loro riproponibilità in sede di questioni preliminari, ai sensi dell'art. 491 comma 2 c.p.p. Opportunamente però si fa rilevare che “il vero pericolo collegato ad un doppio controllo di questo tipo è di trovarsi di fronte ad un giudice del dibattimento che, in sede di questioni preliminari, si uniformi sempre alle scelte operate, in punto di formazione del fascicolo, dal giudice della fase precedente”.

Una volta detto del fascicolo per il dibattimento, rimane da trattare del fascicolo del magistrato del pubblico ministero. Il contenuto di questo secondo

⁸³ G. GARUTI, “*La formazione del fascicolo per il dibattimento*”, in *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, coordinati da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, I, cit., 537; id., *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagini e processo*, testo della relazione tenuta nel convegno di Frascati del 12 maggio 2000, in *Riv. pen.*, 2000, 973.

fascicolo è individuato in via residuale dall'art. 433 c.p.p., nel senso che “gli atti diversi da quelli previsti dall'art. 431 sono trasmessi al magistrato del pubblico ministero, con gli atti acquisiti all'udienza preliminare, unitamente al verbale dell'udienza”. Nello stesso fascicolo è inoltre inserita la documentazione relativa all'attività d'indagine integrativa, che, eventualmente, è svolta dal magistrato del pubblico ministero e dal difensore, a norma dell'art. 430 c.p.p., successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, a condizione che di tale documentazione le parti si siano servite per formulare le proprie richieste al giudice del dibattimento, e questo le abbia accolte (art. 433 comma 3 c.p.p.).⁸⁴

In dottrina si sottolinea come tale fascicolo andrebbe più correttamente definito “delle parti”, in quanto tutti i contraddittori vi hanno accesso; ed infatti, a tal fine viene depositato nella segreteria del magistrato del pubblico ministero⁸⁵. La qualificazione fascicolo *ex art. 433 c.p.p.* come fascicolo delle parti sembra in effetti più adeguata, proprio perché essa mette in luce che tutte (le parti) hanno le

⁸⁴ La l. 397/2000 (art. 14) ha sostituito l'art. 430 c.p.p., che, nella sua originaria formulazione, riguardava l'attività d'indagine integrativa del solo magistrato del pubblico ministero, mentre, nella versione oggi vigente, disciplina anche l'attività integrativa d'indagine del difensore. La medesima legge (art. 16) è intervenuta anche sull'art. 433 c.p.p., specificando che la documentazione relativa all'attività di cui all'art. 430 c.p.p. deve essere inserita anche nel *fascicolo del difensore*. Si tratta del fascicolo previsto e disciplinato dal nuovo art. 391 *octies* c.p.p., nell'ambito del titolo VI *bis*, libro V, così come introdotto dall'art. 11 l. 397/2000. Il fascicolo in questione è formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari, ed in esso è inserita la documentazione relativa agli elementi di prova raccolti dal difensore e che questi può presentare al giudice, nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata. La norma specifica che dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, mentre, come visto, la documentazione relativa agli atti irripetibili, compiuti anche dal difensore, confluisce nel fascicolo del dibattimento.

⁸⁵ G.M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, cit., 61; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1997, 336; A. SCAGLIONE, “*Udienza preliminare*”, cit. 7; F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, 489.

medesime “opportunità, facoltà e diritti del pubblico ministero”⁸⁶, potendo utilizzare gli atti in esso contenuti, per il contraddittorio e più ampiamente per delineare la propria strategia processuale. Ciò è assicurato dalla previsione dell’art. 433 comma 2 c.p.p., secondo il quale “i difensori hanno facoltà di prendere visione e di estrarre copia, nella segreteria del magistrato del pubblico ministero, degli atti contenuti nel fascicolo”.

Per definire il fascicolo previsto dall’art. 433 c.p.p., si è usata in dottrina, con un linguaggio suggestivo, anche l’espressione “fascicolo grasso”, per contrapporlo al “fascicolo magro”⁸⁷, vale a dire quello per il dibattimento. Una descrizione questa, dal chiaro valore esplicativo, ma la cui efficacia è compromessa dalle innovazioni apportate dalla legge 479/99, nella misura in cui si consente, nella nuova formulazione dell’art. 431 c.p.p., di trasferire atti dal fascicolo del magistrato del pubblico ministero a quello per il dibattimento.

Conclusivamente, si rende poi necessaria un’ultima considerazione. Si è visto che, almeno in via tendenziale, il legislatore ha voluto assicurare la separazione tra la fase preliminare, comprensiva delle indagini e dell’udienza preliminare, e fase dibattimentale, separazione che si traduce nel regime del doppio fascicolo. Tuttavia, anche a prescindere dalla l. 479/99 e dalla misura in cui essa ha pregiudicato l’effettiva applicazione del principio, un ulteriore *vulnus* deriva dalla

⁸⁶ G. FRIGO, “Udienza preliminare”, cit., 741.

⁸⁷ E. AMODIO, *L’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit. 2176.

disciplina della pubblicazione degli atti del procedimento penale. In proposito si distingue tra “segreto interno”, opposto ai soggetti privati del procedimento, e “segreto esterno”, vale a dire il divieto di divulgazione, nel senso di limitazione del diritto di cronaca⁸⁸.

L’art. 329 comma 1 c.p.p. prevede che “gli atti d’indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti da segreto, finì a quando l’imputato (*rectius*: indagato) non ne possa avere conoscenza, e comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari”. Tali atti, non solo non possono essere resi accessibili alle parti (segreto interno), ma non possono nemmeno essere divulgati, in quanto l’art. 114 comma 1 c.p.p., espressamente prevede che “è vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di atti coperti dal segreto o anche del loro contenuto”. Il divieto si estende anche agli atti non più coperti da segreto; ma, non oltre il limite rappresentato dalla conclusione delle indagini preliminari o dell’udienza preliminare (art. 114 comma 2 c.p.p.).

L’elemento di contraddizione emerge, tuttavia, dall’art. 114 comma 7 c.p.p., che consente la pubblicazione del contenuto di atti non più coperti da segreto. Ciò vuol dire che se non può essere pubblicato un atto, nella sua identità fisica, se ne può però rendere pubblico il contenuto, quando esso non sia coperto da segreto. La

⁸⁸ A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 390.

conseguenza rispetto al tema qui trattato è che, com'è stato rilevato⁸⁹, “si consente a chiunque (televisione, quotidiani, ecc.), di divulgare il contenuto di atti che, a quel punto, solo il giudice dibattimentale non dovrebbe conoscere”. Si tratta quindi di un'ulteriore, ennesima, smentita del principio della separazione delle fasi, forse non consacrata da un punto di vista squisitamente formale, ma d'assoluta evidenza⁹⁰. Tra l'altro, è anche da osservare che la norma finisce con il dettare una soluzione peggiore del male, perché, se lo scopo era di salvaguardare in qualche modo la genuinità dell'accertamento giurisdizionale⁹¹, la possibilità di rendere pubblico non direttamente l'atto, ma solo il suo contenuto, apre la strada ad inevitabili strumentalizzazioni e giudizi sommari, ai quali è ben difficile che possa rimanere completamente estraneo il giudice dibattimentale, il quale, invece, ne sarà, da un punto di vista psicologico, quanto meno condizionato.

Tali preoccupazioni erano state, per altro, ben presenti al legislatore delegato. Nella *Relazione*⁹² si legge che “gli atti che sono inseriti nel fascicolo del magistrato del pubblico ministero, debbono essere conosciuti dal giudice del dibattimento solo

⁸⁹ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale; dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, cit. 25.

⁹⁰ In dottrina si è giustamente osservato che “impedire ogni forma di contaminazione del giudizio con gli elementi acquisiti nel corso delle indagini, da un lato, tollerando la conoscenza degli stessi da parte del giudice del dibattimento attraverso la stampa o gli altri mezzi di informazione, dall'altro, consentirebbe di garantire l'esigenza della corretta formazione del convincimento del giudice nella forma, vanificandola però nella sostanza” (I. MASSARO, “*Il divieto di pubblicazione di atti e di immagini*”, in AA.VV., *Le nuove legge penali; commenti a prima lettura*, coordinati da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, I, cit., 205).

⁹¹ Senza dover imporre un “sostanziale silenzio stampa” (*Relazione*, cit., 49).

⁹² *Relazione*, cit., 49.

attraverso le contestazioni dibattimentali, sicché, se ne fosse consentita la pubblicazione prima di questo momento, si determinerebbero di fatto una distorsione della regola processuale, ed un'anticipata e non corretta formazione del convincimento del giudice”.

Tuttavia, fatta questa premessa, la soluzione adottata è quanto meno discutibile, fondata com'è sulla convinzione che il giudice possa essere condizionato dalla pubblicazione dell'atto vero e proprio, ma non da illazioni giornalistiche, più o meno credibili, ma comunque non supportate da riscontri documentali⁹³.

Ciò nonostante, il legislatore non ha ritenuto di dover intervenire su questo punto, pur avendo dettato, con l'art. 14 l. 479/99, una specifica disposizione in materia, che ha riguardato l'aggiunta all'art. 114 c.p.p. di un comma 6 *bis*, con riferimento alla tutela dell'immagine della persona che si trova in stato di *restrictio in vinculis*.

⁹³ R. ADORNO, “Sulla pubblicazione del contenuto di atti d'indagine coperti da segreto”, in AA.VV., *Percorsi di procedura penale; dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, a cura di V. PERCHINUNNO, Giuffrè, Milano, 1996, 175.

CAPITOLO SECONDO

Giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare.

2.1 Udienza preliminare e giudice dell'udienza preliminare.

La prima parte di questo studio è stata dedicata alla ricostruzione dell'*iter* di approvazione del nuovo codice di procedura penale, all'individuazione della sua premessa ideologico-sistematica ed alla descrizione del modo in cui essa si è concretizzata in termini di tecnica processuale, sotto il particolare profilo del regime del c.d. doppio fascicolo, data la sua evidente funzione qualificante della natura del processo penale.

Prima di proseguire per analizzare più direttamente il tema specifico di questo lavoro, si rende necessario un chiarimento d'ordine sia sistematico che terminologico.

Nell'affrontare l'argomento ci si può porre da due angoli visuali. Si può concentrare l'attenzione sull'udienza preliminare come istituto in sé stesso considerato, sui suoi profili funzionali, sulla sua relazione con le altre fasi del procedimento penale. Oppure si può approfondire il ruolo del giudice dell'udienza preliminare come organo, valutarne i poteri ed il modo in cui questi interagiscono con quelli degli altri protagonisti del procedimento. Per altro, i due approcci, anche se non integralmente coincidenti, hanno comunque un minimo comune denominatore, vale a dire l'indagine sulla tecnica processuale, volta in particolare a

verificarne l'adeguatezza rispetto alle premesse (o, se si preferisce, "promesse"), e quindi la coerenza tra mezzi ed obiettivi. Il problema, in sostanza, è quello della "funzione del processo".

Poiché, a ben vedere, questo è l'argomento centrale di questo studio, si cercherà di considerare, per quanto possibile, entrambi gli aspetti citati, proprio perché inevitabilmente convergenti. Resta fermo, tuttavia, che si tratta solo di convergenza od unità metodologica e non ideologica. Non si tratta cioè di assumere un obiettivo, un valore, un dogma e di piegare ad esso il metodo, e quindi di scegliere il metodo in funzione del valore, misconoscendo la necessità della pluralità metodologica (che costituisce, essa sì, un valore), ma di svolgere un'indagine sistematica, che tenga conto dei diversi profili dello stesso problema.

In effetti, anche se è vero che tra metodo e valore vi è sempre uno strettissimo rapporto, perché il metodo non è mai, per definizione, una variabile indipendente, una scelta neutrale, tuttavia, la nostra impostazione richiede "unità", non "unicità" del metodo. Ciò vuol dire che non si assume la funzione del processo non come valore, come ideale, e, quindi, come scelta in senso lato politica da supportare, ma come realtà da accertare, scoprire, verificare, nell'analisi dell'assetto della disciplina vigente. Stabilito l'obiettivo, è del tutto evidente che entrambi gli aspetti citati contribuiscono all'emersione della funzione del processo. Tuttavia, se ciò è vero, gravi problemi possono eventualmente delinarsi se, tra la funzione in linea di principio assegnata all'udienza preliminare, ed i poteri concretamente attribuiti

al giudice dell'udienza preliminare, vi è uno squilibrio od eccesso, tale da condizionare la stessa qualificazione accusatoria del processo, che, invece, dal punto di vista sistematico è all'origine dell'introduzione dell'udienza preliminare.

2.2 Carattere polifunzionale del giudice per le indagini preliminari.

Coerentemente alla metodica sopra richiamata, una corretta analisi dei problemi richiede innanzitutto l'individuazione dell'organo competente a procedere all'udienza preliminare. L'attenzione, quindi, si deve concentrare sulla figura del *giudice dell'udienza preliminare*, espressione questa piuttosto ambigua, dato che dal punto di vista dell'ordinamento giudiziario non esiste un organo così denominato, trattandosi in realtà solo di una qualificazione funzionale che spetta al giudice per le indagini preliminari, quando interviene in sede di udienza preliminare¹.

Da un punto di vista storico-giuridico, la figura del giudice per le indagini preliminari è strettamente legata a quella del giudice istruttore del codice abrogato, non nel senso di una continuità funzionale, ma nel senso che l'introduzione del primo trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di eliminazione del secondo. D'altra parte, nel lungo *iter* per l'adozione del nuovo codice, proprio l'iniziale tentativo di conservare la figura del giudice istruttore e l'istituto della istruzione,

¹ G.D. PISAPIA, "Il giudice per le indagini preliminari: bilancio di un quinquennio", in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, Milano, 1996, 5.

sia pure in forme diverse o sotto mentite spoglie, e comunque con limiti ed estensioni diverse, ha rappresentato il principale elemento di contraddizione, che ha causato l'insuccesso iniziale del disegno di riforma². Si è infatti osservato³ che la prima legge delega (l. 108/74), non aboliva la figura del giudice istruttore “di cui, se mai, limitava i poteri istituzionali e funzionali, delineati dall'art. 299 cod. abr.”. Ciò avvenne in particolare delineando un nuovo rapporto tra fase istruttoria e dibattimento nel senso di “ridurre sensibilmente la prima, e concedere più spazio al secondo”⁴, il che si tradusse nella logica della individuazione analitica degli atti che il giudice istruttore avrebbe potuto compiere, e quindi, nella sostituzione dell'istruzione formale con gli “atti d'istruzione”⁵. Opposta fu la strada intrapresa nel nuovo codice.

Nella stessa *Relazione*⁶ si mette in luce la necessità di “risolvere una delle più rilevanti ambiguità” del sistema previgente, vale a dire “quella rappresentata dall'esistenza di un giudice, il giudice istruttore, con poteri inquisitori, e dalla contemporanea esistenza di un pubblico ministero giurisdizionalizzato, ossia con

² Per un'esauriente trattazione del tema si veda M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 1993, 1-44.

³ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1997, 58.

⁴ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, cit. 24.

⁵ V. ZAGREBELSKY, “*Il giudice per le indagini preliminari nel quadro dell'ordinamento giudiziario*”, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, cit., 23.

⁶*Relazione al progetto preliminare ed al testo definitivo del codice di procedura penale*, pubblicata in G.U. n. 250 del 24/10/1988, suppl. ord. n.2, serie generale, 81.

poteri anche coercitivi e di formazione della prova”. Questo aspetto è efficacemente colto anche dalla dottrina, quando si afferma che inutilmente si sarebbe cercato nel codice del 1930 una distinzione di ruoli e di funzioni tra magistrato del pubblico ministero e giudice, distinzione che era, in fatto ed in diritto, pregiudicata dalla natura sostanzialmente giurisdizionale del primo e dai poteri d’indagine attribuiti al secondo, “come poteva agevolmente desumersi dalla disposizione-manifesto dell’art. 299. c.p.p. abr.”⁷.

Al contrario, l’ispirazione accusatoria del nuovo processo ha richiesto una scelta radicalmente diversa, fondata sulla netta cesura, almeno in linea di principio, tra fase preliminare, destinata alla ricerca degli elementi utili ai fini delle determinazioni inerenti l’esercizio dell’azione penale, ma non alla formazione della prova, e la successiva fase dibattimentale. Gli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari dagli organi investigativi (magistrato del pubblico ministero e polizia giudiziaria), sono poi sottoposti ad un giudice, il quale dovrà decidere se sussistono le condizioni per il passaggio alla fase del dibattimento, in base all’imputazione eventualmente formulata dal magistrato del pubblico ministero. Quest’ultimo è il *dominus* delle indagini, ma, secondo la dizione dell’art. 328 c.p.p., sulle sue richieste, nonché su quelle delle parti private e della persona offesa, “nei casi previsti dalla legge”, provvede il giudice per le indagini preliminari.

⁷ P.L. VIGNA, “Disposizioni generali”, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. IV, Utet, Torino, 1990, 26; su questi temi vedi anche *retro*, 1.2, pag. 43 ss.

Efficacemente si è detto in dottrina che il giudice per le indagini preliminari è un *iudex ad acta*, il quale non viene necessariamente a conoscenza, per ogni singolo atto, di tutta l'attività d'indagine compiuta dagli organi investigativi. Al contrario, il giudice dell'udienza preliminare è competente per l'intera fase dell'udienza preliminare, introdotta attraverso la richiesta di rinvio a giudizio, che segna la transizione del procedimento penale dalla fase del procedimento per le indagini preliminari al processo. Per cui, se il giudice per le indagini preliminari ha una competenza *ad acta*, il giudice dell'udienza preliminare ha una competenza *ad processum*⁸.

Lo schema sopra sinteticamente riassunto, richiede quindi l'intervento di un organo giurisdizionale, sia nella fase delle indagini preliminari, in funzione di "controllo dell'attività di indagine svolta dal magistrato del pubblico ministero e sui tempi di essa"⁹, sia nella fase immediatamente successiva all'esercizio (o non esercizio) dell'azione penale. Tuttavia, di assoluta evidenza è la differente posizione di quest'organo rispetto al vecchio giudice istruttore, il quale, in quanto "titolare di una fase di istruzione deputata all'acquisizione delle prove,

⁸ G.M. ANCA, "Udienza preliminare", Digesto (disc. pen.), vol. XV, Utet, Torino, 1999, 25; O. DOMINIONI, "Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare", in AA.VV., *Il processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989; G.D. PISAPIA, "Introduzione", in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 9 s.; id., *Riflessioni sull'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, II, 483.

⁹Relazione, cit., 81.

comprometteva l'originalità del giudizio dibattimentale”¹⁰. Al contrario, il nuovo sistema intende sottolineare, anche dal punto di vista terminologico, la discontinuità tra giudice istruttore e giudice per le indagini preliminari e, quindi, tra istruzione ed indagini. Come è stato infatti rilevato¹¹, la stessa denominazione (giudice per le indagini preliminari e non giudice delle indagini) sta ad indicare la sostanziale estraneità all'attività investigativa del giudice, che non partecipa alle indagini, svolte dal magistrato del pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, sotto la direzione del primo, ma si limita ad intervenire (per le indagini) nei casi previsti dalla legge, generalmente su richiesta degli interessati, in funzione di garanzia e di controllo.

La discontinuità è ancora evidenziata dalla dottrina, quando si afferma che “il ruolo del giudice per le indagini preliminari è assolutamente opposto a quello svolto dal giudice istruttore del codice abrogato”¹², in quanto egli non ha poteri di indagine ed interviene solo nelle ipotesi tassativamente previste¹³.

In dottrina si è osservato che “occorre sottrarsi al frettoloso convincimento che vuole quest'organo preposto solo a funzioni di controllo e di garanzia”, in quanto

¹⁰ M. FERRAIOLI, *op. cit.*, 3; in termini sostanzialmente analoghi, P.L. VIGNA, “*Disposizioni generali*”, cit., 26, che distingue tra magistrato del pubblico ministero, organo “delle” indagini, e giudice per le indagini preliminari, organo “per” le indagini; si veda anche O. DOMINIONI, “*Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*”, cit., 70.

¹¹ M. FERRAIOLI, *op. cit.*, 2.

¹² A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 70.

¹³ Si veda anche S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 59; G. M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, cit., 24.

vi sono ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari svolge funzioni che vanno al di là del controllo e della garanzia, che gli permettono di esprimere una vera e propria decisione sul merito dell'imputazione¹⁴. Ciò accade, per esempio, quando il giudice accoglie la richiesta del pubblico ministero di emissione del decreto penale di condanna o in caso di patteggiamento. Così come va ben oltre la garanzia ed il controllo, la valutazione che il giudice esprime sulle determinazioni del magistrato del pubblico ministero inerenti l'esercizio (o il non esercizio) dell'azione penale e, quindi, formulazione dell'imputazione o richiesta di archiviazione¹⁵. Rispetto a queste ipotesi, il giudice non opera più soltanto per le indagini, ma anche sulle indagini.

Dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria, si è in precedenza detto, che l'istituzione del giudice per le indagini preliminari è strettamente connessa all'eliminazione del vecchio giudice istruttore. Difatti, l'art. 12 del d.p.r. 449/88¹⁶ ha abrogato l'art. 44 del r.d. 12/41 (ordinamento giudiziario), norma che disciplinava l'ufficio dell'istruzione penale, stabilendo che “in ogni tribunale uno dei giudici è incaricato [...] dell'istruzione penale [...]. In caso di bisogno, possono essere applicati all'ufficio dell'istruzione penale altri giudici del tribunale

¹⁴ In senso conforme si è detto che “non sono poche le ipotesi di intervento giurisdizionale, nel corso delle indagini preliminari, caratterizzate non soltanto da finalità di controllo dell'attività del pubblico ministero, ma anche di esame nel merito delle sue richieste” (V. PERCHINUNNO, *Giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale*, in AA.VV., in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, cit., 73 s.)

¹⁵ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, cit., 59.

¹⁶ Sull'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale.

medesimo”. Il giudice istruttore era quindi inserito in un autonomo ufficio nell’ambito del tribunale.

E’ utile ricordare che nel corso dei lavori preparatori fu considerata la possibilità di mantenere i vecchi uffici dell’istruzione penale, mutandone solo la denominazione. La proposta fu però scartata dalla commissione incaricata della redazione delle norme di adeguamento dell’ordinamento giudiziario, in quanto “inopportuna”, ritenendosi che l’opposta soluzione, vale a dire quella dell’istituzione di una sezione dei giudici per le indagini preliminari “riflette il senso della riforma processuale, che ha abolito la figura del giudice istruttore” e consente di evitare il mantenimento di consuetudini professionali maturate nel previgente regime processuale¹⁷. D’altra parte, anche in dottrina si è osservato che se fosse stata accolta la soluzione meramente sostitutiva, “si sarebbe fatto ricorso ad una riforma per etichette, mentre occorreva designare l’organo coerentemente alle funzioni che doveva svolgere”¹⁸.

Eliminata l’istruttoria e soppresso il titolare della relativa fase, il d.p.r. 449/88 (art. 13) aggiornò l’art. 46 del r.d. 12/41, prevedendo, nel comma 3, che nei tribunali di una certa dimensione “un presidente di sezione dirige la sezione dei

¹⁷ *Relazione al progetto preliminare delle norme per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in G.U. 250 del 24/10/1988, suppl. ord. n.2, serie generale, 229.

¹⁸ V. ZAGREBELSKY, “*Le modificazioni dell’ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale*”, in G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale; dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VIII, tomo II, Cedam, Padova, 1992, 20; id. *Modifiche dell’ordinamento giudiziario e nuovi ruoli del pubblico ministero e del giudice*, in *Cass. pen.*, 1989, 2122.

singoli giudici incaricati dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari”. La norma è stata successivamente riformulata dal d.lgs. 51/98 (norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado), che per altro, sotto quest’aspetto, non ha introdotto modificazioni sostanziali, salvo l’opportuno riferimento anche ai “provvedimenti previsti [...] per l’udienza preliminare” (ora comma 2)¹⁹.

Rispetto al quadro normativo così delineato, è stato osservato che non solo si è affermato “il principio secondo cui il tribunale è un’organizzazione giudiziaria unitaria, distinguibile quando le dimensioni lo consentono, in sezioni pariordinate (ivi compresa quella dei giudici per le indagini preliminari), ma si è soprattutto inteso riconoscere [...] l’assoluta originalità dei compiti attribuiti al giudice per le indagini preliminari”²⁰. Il termine di raffronto è ovviamente costituito dal giudice istruttore e dal suo ufficio, come struttura autonoma, laddove invece i giudici per le

¹⁹ Occorre ricordare che alla disposizione di cui all’art. 46, corrispondeva quella di cui all’art. 35 (comma 3), dettata con riferimento alle preture costituite in sezioni. Tuttavia, la norma, così come tutte quelle contenute nel capo II, tit. I, della legge, relative al pretore, è stata abrogata dall’art. 30 del d.lgs. 51/98. E’ poi necessario tenere presente che l’art. 55 *bis* r.d. 12/41, così come aggiunto dall’art. 14 del d.p.r. 449/88, detta una disposizione specifica con riguardo al tribunale dei minorenni. La particolarità rispetto a quanto previsto per il tribunale ordinario, risiede nel fatto che mentre i provvedimenti previsti per la fase delle indagini preliminari sono adottati, come di norma, da un giudice singolo, al contrario, “nell’udienza preliminare il tribunale per i minorenni giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari” (comma 2). Si è osservato che la soluzione accolta, vale a dire quella della composizione collegiale, è giustificata da esigenze di funzionalità, tenuto conto della “varietà e della delicatezza dei provvedimenti del giudice dell’udienza preliminare nel processo minorile (giudizio d’imputabilità, d’irrelevanza del fatto, ecc.)” [V. ZAGREBELSKY, “Le modificazioni dell’ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale”, cit., 25; id., *Le modifiche all’ordinamento giudiziario e nuovi ruoli del pubblico ministero e del giudice*, cit., 2128].

²⁰ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, cit., 47.

indagini preliminari, eventualmente raggruppati in una sezione, costituiscono magistrati giudicanti, al pari di quelli designati per il dibattimento.

Per altro, proprio sotto il profilo organizzativo, la dottrina ha mostrato serie perplessità sull'opportunità di cumulare in capo allo stesso organo, sia le competenze relative alla fase delle indagini preliminari, sia quelle relative all'udienza preliminare. Infatti, attesa la natura procedimentale o pre-processuale delle prime, mentre l'udienza preliminare segna l'inizio del processo, in funzione dell'eventuale introduzione del dibattimento, si è ritenuto che sarebbe stato preferibile l'assegnazione di essa (udienza preliminare) ad un organo distinto, da quello, pure giurisdizionale, chiamato ad intervenire, nel corso delle indagini preliminari²¹. In verità, nessuna indicazione testuale viene in proposito fornita dalla legge delega, la quale, nell'indicare l'organo deputato ad adottare i provvedimenti previsti nelle relative fasi, per lo più discorre genericamente di giudice. Tuttavia, “la distinzione tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare, sarebbe stata il naturale riflesso di una distinzione di ruoli e di funzioni, ed avrebbe assicurato la piena estraneità di quest'ultimo, nei confronti delle acquisizioni strumentali alla richiesta di rinvio a giudizio”²².

²¹ In proposito si è parlato di “discutibili ragioni di politica legislativa, che hanno consigliato di affidare ad un unico organo giurisdizionale competenze funzionali profondamente diverse” (A. GALATI, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1996, 191; nello stesso senso, A. PAGLIARO - G. TRANCHINA, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996, 327).

²² D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1991, 20.

Rispetto a quest'opinione si possono fare due osservazioni. Certamente, una tale soluzione avrebbe permesso, fin dal principio, di ridurre grandemente i problemi relativi all'incompatibilità, di cui più avanti ci si occuperà. Tuttavia, per altro verso, essa avrebbe ridimensionato la ragione stessa dell'istituzione del giudice per le indagini preliminari, almeno nella misura in cui esso fosse stato concepito come un organo autonomo, anche sul piano organizzativo, perché a queste condizioni, tanto valeva conservare il vecchio ufficio dell'istruzione penale, sia pure con un'etichetta diversa. Si badi, con ciò non s'intende dire che quest'ultima opzione, che pure in qualche modo, come visto, si affacciò nel corso dell'*iter* della riforma, avrebbe automaticamente vanificato l'eliminazione dell'istruttoria, perché comunque le funzioni dell'organo si sarebbero inserite in un quadro completamente diverso. E tuttavia sarebbe stato ancora più arduo, sia dal punto di vista dell'opinione pubblica, sia (ciò che più conta) dal punto di vista, anche psicologico, degli operatori della giustizia, comprendere, ma soprattutto attuare, nelle concrete modalità comportamentali, il superamento della figura del giudice istruttore. Il problema, evidentemente, interferisce con un'altra questione, ormai di limitata rilevanza, vale a dire la necessità che alle nuove funzioni fossero addetti magistrati "persone fisiche diverse dai giudici istruttori"²³. Esigenza questa difficilmente soddisfabile. Difatti, di ciò ebbe consapevolezza autorevole dottrina,

²³ V. ZAGREBELSKY, "Le modificazioni dell'ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale", cit., 21.

quando si osservò che “ragioni pratiche rendono probabile che [...] gli uffici relativi subentreranno agli organici degli attuali uffici d’istruzione”²⁴.

In verità, residuava forse una terza possibilità, oltre alle due già citate (cumulo in capo allo stesso organo delle due funzioni, oppure un giudice per le indagini preliminari come organo od ufficio autonomo). Si sarebbe potuto adottare per il giudice per l’udienza preliminare, una soluzione esattamente parallela a quella prevista attualmente per il giudice per le indagini preliminari. Ossia, eventuale costituzione in sezioni, dei giudici destinati allo svolgimento delle udienze preliminari, accanto alle sezioni dei giudici per le indagini preliminari, ed a quelle dei giudici dibattimentali, tutti egualmente magistrati giudicanti, facenti parte di una struttura unitaria. Ma, anche in questo caso, le difficoltà organizzative sarebbero state notevoli.

In ogni caso, diversa è stata la soluzione adottata con il d.lgs. 51/98, il cui art. 6 ha modificato l’art. 7 *ter* del r.d. 12/41. La norma citata, sotto la rubrica “criteri per l’assegnazione degli affari penali e la sostituzione dei giudici impediti”, stabiliva, nella sua originaria formulazione, così come prevista dall’art. 4 del d.p.r. 449/88, che “[...] nel determinare i criteri per l’assegnazione degli affari penali al giudice per le indagini preliminari, il Consiglio superiore della magistratura stabilisce la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice, di tutti gli incidenti probatori, e di tutti i provvedimenti relativi al medesimo

²⁴ G. CONSO, “*Problemi di metodo e scelte di fondo*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del convegno di Perugia 14 - 15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, 177 s.

procedimento” (comma 1). La disposizione, attua o, meglio, ripete letteralmente quanto già previsto dalla direttiva n. 40 della legge delega.

Per la verità, serie perplessità furono espresse su tale direttiva da parte di autorevole dottrina. I dubbi si concentrarono sul significato da attribuire all’espressione “stesso giudice”. Con particolare riferimento all’incidente probatorio, si osservò che un reiterato intervento dello stesso giudice (persona fisica), in un medesimo procedimento caratterizzato da più incidenti probatori, oltre che da eventuali provvedimenti di natura cautelare, può comportare che “il giudice per le indagini preliminari si faccia un’idea della causa, in un certo senso impadronendosi, così da condizionare, sia pure inconsciamente, il momento dell’epilogo”²⁵. Proprio in relazione a questo rischio, si proponeva di intendere il riferimento allo “stesso giudice” nel senso di stesso ufficio, in modo da evitare la concentrazione in capo allo stesso magistrato di tutto il procedimento e dei provvedimenti adottati nel corso dello stesso, con un’alternanza fra i giudici che fanno parte dello stesso organo.

Esattamente opposta era l’opinione di chi, con riferimento alla citata direttiva n. 40, metteva in evidenza che l’intenzione del legislatore era di riferirsi allo “stesso giudice” nel senso di giudice – persona, adducendosi a supporto la locuzione “ove possibile”, che in caso contrario non avrebbe avuto alcuna

²⁵ G. CONSO, *Problemi di metodo e scelte di fondo*, cit., 178.

giustificazione, “salvo improbabili allusioni ad ipotesi derogatorie della competenza territoriale”²⁶.

Altri, invece, si soffermava su di un altro dato testuale, vale a dire il richiamo al “procedimento”, che avrebbe consentito di limitare la portata della direttiva ai soli interventi previsti nella fase delle indagini preliminari, con conseguente esclusione della identificazione tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell’udienza preliminare, atteso che quest’ultima è la fase iniziale del processo²⁷. Al contrario, l’identificazione “diminuisce, quanto meno in termini d’immagine, il distacco dalla figura del giudice istruttore”, ciò che è reso ancor più evidente dalla “concentrazione” richiesta dalla direttiva e ribadita dall’art. 7 *ter* r.d. 12/41, con una sostanziale personalizzazione del rapporto tra singolo giudice e procedimento. Si può ritenere che tale opinione fosse in linea di principio condivisibile, a condizione di non portare alla costituzione di un autonomo ufficio del giudice per le indagini preliminari, nel senso sopra chiarito, tale essendo invece l’opzione dell’autore citato.

D’altra parte, tale soluzione non è stata accolta dal legislatore, neanche quando, successivamente, è intervenuto modificando l’art. 7 *ter*, comma 1 del r.d. 12/41. Difatti, la norma, nella nuova formulazione introdotta dall’art. 6 del d.lgs.

²⁶ V. GREVI, “Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari” in AA.VV., *Il nuovo processo penale; dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, 19.

²⁷ D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, cit., 20 s.; sulla separazione funzionale tra giudice per le indagini preliminari e dell’udienza preliminare, anche D. BIELLI, *Natura e funzione dell’udienza preliminare*, in *Giust. pen.* 1991, 262 s.

51/98, richiede “la concentrazione, in capo allo stesso giudice dei provvedimenti relativi allo stesso procedimento e *la designazione di un giudice diverso per lo svolgimento delle funzioni di giudice dell’udienza preliminare*”²⁸. In proposito si è efficacemente rilevato che l’innovazione non comporta affatto la creazione di due organi distinti, ma solo la “redistribuzione di compiti non sovrapponibili in capo allo stesso soggetto, afferente al medesimo ufficio”²⁹. Riserve vengono per altro espresse sulla limitazione che continua ad essere prevista nella norma, in cui si fa ancora riferimento alla possibilità (“ove possibile”), e non alla necessità, per lo meno da un punto di vista testuale.

Come si avrà modo di vedere, la questione è strettamente connessa con il tema dell’incompatibilità. In questa sede ci si può limitare solo a far presente che una qualche apertura verso la possibile separazione organica tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell’udienza preliminare era prevista nella l. 254/97 (delega al governo per l’istituzione del giudice unico di primo grado), in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. 51/98.

L’art. 1 *lett. h* stabiliva la necessità di “prevedere che il giudice per le indagini preliminari sia diverso dal giudice dell’udienza preliminare, apportando le

²⁸ Va ricordato che sull’art. 7 *ter* del r.d. 12/41 il legislatore è intervenuto anche con il d.lgs. 138/99, il quale, per quanto in questa sede interessa, con l’art. 1, da un lato ha modificato la rubrica della norma, che ora recita “criteri per l’assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti”, e dall’altro ha sostituito il primo periodo del comma 1, per quanto riguarda i criteri di organizzazione degli uffici.

²⁹ A. SCALFATI, *L’udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, Cedam, 1999, 7 ss.

necessarie modifiche all'art. 7 *ter*³⁰ del r. d. 12/41. In questa previsione si è ravvisata la possibilità di una distinzione istituzionale tra i due giudici. La diversa soluzione adottata, tuttavia, è stata però ritenuta preferibile sul piano del più razionale impiego degli organici disponibili³⁰, ed in particolare, al fine di utilizzare meglio la professionalità dei magistrati nonché assicurare un'adeguata ripartizione dei carichi di lavoro.

Una volta delineato il quadro istituzionale, occorre affrontare più da vicino il problema dell'individuazione delle funzioni che l'organo è chiamato a svolgere. In questa sede, tuttavia, l'indagine non si può portare sui provvedimenti adottati dal giudice per le indagini preliminari nel corso delle indagini, ma solo sul ruolo del giudice dell'udienza preliminare, in quanto competente per la relativa fase. Ciò ci si accinge a fare, dopo aver dedicato qualche breve considerazione al tema dell'incompatibilità, date le sue evidenti implicazioni sull'obiettività e neutralità dei provvedimenti adottati dal giudice.

In ogni caso, l'analisi condotta, sia pure in termini assolutamente generali, dà ragione della caratterizzazione polifunzionale del giudice per le indagini preliminari, chiamato ad intervenire in momenti diversi e con compiti diversi, nell'ambito dello stesso procedimento penale. Con l'avvertenza, tuttavia, che l'espressione giudice non sta per magistrato, ma per organo, o, meglio,

³⁰ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 8.; sul punto si veda anche L. SALVATO, "Disposizioni sull'ordinamento giudiziario", in AA.VV., *Il giudice unico*, Giuffrè, Milano, 2000, 40 ss.

un'articolazione dello stesso ufficio giudiziario, nell'ambito del quale viene individuato il giudice chiamato ad intervenire per i singoli provvedimenti e le singole fasi. In tal modo, se non si è dato seguito alla strada aperta dalla legge 254/97, che pure, come detto, avrebbe consentito una separazione istituzionale tra giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare, tuttavia si statuisce la necessità di differenziare la persona che si occupa delle indagini da quella che si occupa dell'udienza preliminare, nell'ambito del singolo procedimento.

Il carattere polifunzionale trova poi un'ulteriore specificazione ove si consideri che lo stesso giudice dell'udienza preliminare è “una figura ibrida o spuria”, attesa la diversità di funzioni che è chiamato a svolgere a seconda delle circostanze³¹.

2.3 Giudice dell'udienza preliminare: problemi d'incompatibilità.

Il problema del rapporto tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare acquista un particolare rilievo sotto il profilo dell'incompatibilità. La questione interessa in questa sede dal punto di vista della prevenzione e quindi del pre-giudizio che il giudice, per il fatto di aver già svolto le funzioni di giudice per le indagini preliminari, potrebbe essersi formato, così che, se lo stesso magistrato fosse investito anche dell'udienza preliminare, ciò potrebbe

³¹ A. VIVIANI, *Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita*, Spirali/Vel, Milano, 1990, 63.

compromettere la sua autonomia di valutazione, e quindi, in definitiva, la funzione che egli è chiamato a svolgere in quella fase.

In verità, la Corte costituzionale ha ritenuto che nessuna incompatibilità sussista per il giudice che ha adottato provvedimenti nel corso delle indagini preliminari, potendo egli tenere l'udienza preliminare, ed anche partecipare al giudizio dibattimentale. La questione riguarda direttamente la portata dell'art. 34 c.p.p. (incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento). La norma, nella sua formulazione originaria prevedeva: "il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare le funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento, o al giudizio di revisione (comma 1); non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare o ha disposto il giudizio immediato o ha emesso decreto penale di condanna o ha deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere (comma 2) [...]" (comma 2).

Rispetto alla norma così formulata, si è osservato che essa "contiene in sé il germe dell'incompletezza genetica, grazie al principio di tassatività su cui si struttura, che sarebbe, di lì a poco, deflagrata in tutta la sua virulenza"³². In effetti, alle ipotesi espressamente previste, si sono aggiunte quelle scaturenti dalle

³² G. DE CHIARA, "L'impatto del nuovo art. 34 comma 2 ter sulle fisionomie dell'incompatibilità endoprocessuali", in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, 176.

numerose sentenze della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità, per una molteplicità di ipotesi³³. Dalla dilagante giurisprudenza della Corte sull'art. 34 c.p.p., si è desunto che in definitiva "l'incompatibilità si configura ogni qualvolta l'imputazione su cui il giudice che è chiamato a pronunciarsi, abbia già formato oggetto di una sua precedente deliberazione di merito, da parte dello stesso giudice, in una fase precedente dello stesso procedimento penale"³⁴. Ne deriva che l'incompatibilità va valutata secondo due criteri:

- 1) duplicazione della valutazione sul merito dell'imputazione, da parte dello stesso giudice;
- 2) duplicazione della veste, e quindi della funzione giudicante in cui la valutazione di merito viene espressa.

Proprio in applicazione di questi principi, la Corte aveva escluso che per il giudice dell'udienza preliminare potesse insorgere una questione d'incompatibilità, quand'anche egli avesse adottato una decisione sul merito dell'imputazione, perché

³³ Così, per esempio, la prima in ordine di tempo di tali sentenze, la 496/90, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 34 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 554 comma 2 c.p.p. (rifiuto d'archiviazione, restituzione degli atti al pubblico ministero e richiesta di formulare l'imputazione); in senso conforme, la sentenza 401/91, con riferimento al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale. A queste sentenze, altre ne sono seguite, come la 186/92, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata; la sent. 432/95, che ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato. In totale, la norma in questione, è stata oggetto di ben diciassette declaratorie d'incostituzionalità, nel periodo 1990 -1999.

³⁴ A.A. DALIA- M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 105.

la decisione che egli è chiamato ad adottare in sede di udienza preliminare ha carattere meramente processuale e non di merito, in quanto rivolta ad accertare esclusivamente la legittimità della domanda di giudizio. Manca pertanto uno dei presupposti dell'incompatibilità³⁵.

Tale orientamento del Giudice costituzionale è stato oggetto di aspre critiche in dottrina, censurandosi la valutazione che porta a ritenere non illegittima sotto il profilo costituzionale, la mancata separazione funzionale tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare. Si è infatti osservato che cumulare in capo allo stesso magistrato, nello stesso procedimento, entrambe le funzioni, “può determinare il serio rischio di compromettere l'autonomia delle decisioni preliminari, atteso l'eventuale pregiudizio che scaturisce dall'aver effettuato durante le indagini, analisi implicanti valutazioni indiziarie”³⁶.

In ogni caso, l'assetto normativo risultante dall'originario art. 34 c.p.p. e dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, è cambiato per effetto del d.lgs. 51/98, il cui art. 171 ha inserito nell'art. 34 c.p.p. il comma 2 *bis*, in forza del quale “il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato le funzioni di giudice per le

³⁵ C. cost., sent. 401/91, *Giur. cost.*, 1991, 3487. Più in particolare, con tale sentenza la Corte esclude l'illegittimità dell'art. 34 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a partecipare all'udienza preliminare del giudice che, investito di una richiesta d'archiviazione, ordina al magistrato del pubblico ministero di formulare l'imputazione. La Corte confermò poi il suo orientamento in numerose successive pronunce; tra le altre: C. cost., ord. 24/96, *Giur. cost.*, 1996, 219; ord. 232/96, *Dir. proc. pen.*, 1996, 951; C. cost., ord. 97/97, *Giur. cost.*, 1997, 962. Sul punto, ampiamente, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 46 ss.; P.P. RIVELLO, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale; rassegna di dottrina e giurisprudenza*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, 220 ss.

³⁶ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 2 ss. Nello stesso senso, M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, cit., 142 s.

indagini preliminari non può [...] tenere l'udienza preliminare [...]". Se questa è la regola, il successivo comma 2 *ter*, introdotto dall'art. 11 della l. 479/99, prevede delle eccezioni, stabilendo l'inapplicabilità dell'art. 2 *bis*, nel caso in cui il giudice per le indagini preliminari si sia limitato ad adottare uno dei provvedimenti espressamente elencati dalla norma. In dottrina si è osservato che ad una prima lettura questo comma 2 *ter* potrebbe dare un'impressione di sostanziale superfluità, per l'ormai acquisita inconfigurabilità dell'incompatibilità, in assenza di un giudizio sul merito dell'imputazione, come avviene nelle ipotesi specificamente richiamate dalla norma. Un'impressione che sarebbe infondata, in quanto, la disposizione risponde all'esigenza di attenuare la regola dell'assoluta incompatibilità sancita dal comma precedente³⁷. Questa conclusione è confermata dall'analisi dei lavori preparatori³⁸. Altri ha invece sostenuto che si tratta di deroghe che "non comportano significative e sostanziali modificazioni, trattandosi di ragionevoli eccezioni che riducono, sebbene in minima parte, le difficoltà di carattere organizzativo che le incompatibilità determinano"³⁹.

³⁷ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 18.

³⁸ Nel corso dell'esame in prima lettura da parte del Senato, in sede di discussione di un emendamento presentato dal sen. Pettinato, il sen. Follieri affermò di ritenere necessaria una tale limitazione dell'incompatibilità, specie "se rapportata ai piccoli tribunali, in cui difficilmente si possono avere a disposizione più di tre giudici per le indagini preliminari". L'emendamento fu approvato dall'Assemblea, con il parere favorevole del relatore, sen. Pinto (atti Senato, 680/a seduta pubblica, res. sommario e stenografico, 29 settembre 1999; pubblicato sul sito del Senato della Repubblica: <http://www.senato.it/att/resocon/home.htm>)

³⁹ D. CARCANO - G. FIDELBO, "Le disposizioni sul processo penale", in AA.VV., *Il giudice unico*, cit., 310.

Tali ultime innovazioni vanno strettamente collegate con la nuova formulazione dell'art 7 *ter*, comma 1 del r.d. 12/41. Il legislatore, infatti, da un lato, sul piano processuale, ha stabilito l'incompatibilità delle funzioni di giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare, da cui discende l'applicabilità dei relativi rimedi (astensione e ricusazione); dall'altro, sul piano ordinamentale, ha previsto una misura idonea ad evitare e prevenire una tale incompatibilità. Resta fermo, come già osservato, che il sistema così delineato non ha prodotto alcuna separazione istituzionale tra i due giudici. Per cui, le due funzioni possono eventualmente cumularsi nello stesso magistrato-persona fisica, ma a condizione che esse siano svolte nell'ambito di procedimenti distinti. In verità, per completezza, si deve far presente che nel testo approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 10 febbraio 1999 (atto C-411), era previsto l'inserimento nel codice di rito di un art. 328 *bis*, che testualmente recitava: "l'udienza preliminare si svolge davanti ad uno dei giudici del tribunale ordinario in funzione di giudice dell'udienza preliminare, che non svolga funzioni di giudice per le indagini preliminari". Una tale disposizione avrebbe, potenzialmente, determinato una distinzione anche ordinamentale tra giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare. Tuttavia, l'art 328 *bis* fu successivamente soppresso dalla

Commissione Giustizia del Senato, nel testo approvato il 29 luglio ed adottato dall'aula il 6 ottobre 1999 (atto S-3807).⁴⁰

Va rilevato, però, che nel corso dell'*iter* di approvazione della l. 63 del 1 marzo 2001 dal titolo “modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale in materia di formazione e di valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 Costituzione”⁴¹, sembrò ancora una volta profilarsi un intervento del legislatore su questo punto. Infatti, nel testo approvato dalla Camera nella seduta n. 804 del 6 novembre 2000, si prevedeva all'art. 12 l'introduzione nel codice di procedura penale, di un art. 328 *bis*, che in questa versione avrebbe dovuto recitare: “dopo l'esercizio dell'azione penale provvede il giudice dell'udienza preliminare”. L'articolo era frutto dell'emendamento 11.01, presentato dall'on. Carotti ed approvato dall'Assemblea nella seduta n. 799 del 26 ottobre 2000. Il nuovo art. 328 *bis* s'integrava con la più dettagliata previsione dell'art. 28 del disegno di legge, anch'esso frutto di un'iniziativa dell'on. Carotti, tramite l'emendamento 24.01, approvato nella stessa occasione. Esso stabiliva che “è istituita, ove possibile, la sezione dei giudici dell'udienza preliminare [...]; tutte le disposizioni riguardanti il giudice per le indagini preliminari, devono intendersi riferite al giudice dell'udienza preliminare una volta che sia esercitata l'azione penale”. Si trattava di una soluzione che sembrava andare incontro alle esigenze

⁴⁰ I testi approvati in prima lettura dai due rami del Parlamento, tra di loro confrontati, sono consultabili sul sito della Camera dei deputati: http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk0500/articola/0411b.htm

⁴¹ Pubblicata in *G.U. serie generale n. 68 del 22 marzo 2001*.

sopra accennate, anche se di non facile attuazione da un punto di vista organizzativo e bisognosa di un più accurato coordinamento normativo⁴². L'innovazione era però destinata a scontrarsi con il contrario orientamento del Senato. Il disegno di legge fu assegnato in sede deliberante alla Commissione Giustizia che, tra le altre modifiche apportate, sopprime l'art. 12 del disegno di legge trasmesso dalla Camera, in virtù dell'emendamento 12.1, presentato dal relatore, sen. Calvi. Inoltre, fu eliminato l'art. 28, grazie all'emendamento 28.1 del sen. Milio, "trattandosi di materia completamente estranea a quella in discussione", mentre, a sua volta, il relatore presentava un nuovo emendamento, il 28.2, sostitutivo dell'art. 28 del disegno di legge, che aggiungeva al comma 2 *bis* dell'art. 7 *bis* del r.d. 12/41, la specificazione che "le funzioni del giudice dell'udienza preliminare sono equiparate a quelle del giudice del dibattimento"⁴³. Il testo così emendato, con le due soppressioni e tale ultima aggiunta, veniva quindi approvato dalla Commissione giustizia del Senato il 20 dicembre 2000, giungendo sotto questo profilo intoccato fino al varo definitivo della l. 63/2001⁴⁴.

⁴²Il testo ed il commento al disegno di legge approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati, sono pubblicati in P. FERRUA, "Dalla Camera soluzione equilibrata sui limiti all'utilizzo delle dichiarazioni", *Diritto & Giustizia*, n. 40-41/2000, 10 ss.

⁴³ Il relatore giustificò l'emendamento affermando che si trattava "di una proposta dettata esclusivamente da ragioni di coordinamento e volta altresì ad evitare il dubbio di abrogazioni implicite" (Commissione giustizia del Senato, sed. 681 del 20 dicembre 2000; resoconto pubblicato sul sito del Senato: www.senato.it/att/resocon/home.htm). L'emendamento sarebbe poi diventato l'attuale art. 24 della l. 63/2001.

⁴⁴ I testi approvati dalla Camera e dalla Commissione giustizia del Senato, tra di loro confrontati, sono pubblicati sul sito della Camera: http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk0500/articola/04630b.htm

Per quanto concerne però più specificatamente le disposizioni sopra richiamate, in tema d'incompatibilità, in questa sede si prescinde dall'ulteriore analisi volta a ricostruire, pur in relazione a questo particolare aspetto, le travagliate vicende dell'*iter* legislativo e dell'entrata in vigore⁴⁵. Si preferisce privilegiare l'indagine sulla *ratio* delle nuove previsioni, sostanzialmente ispirate ad un'esigenza di recupero sul piano della garanzia. Tuttavia, una parte della dottrina sminuisce l'importanza delle novità legislative in termini di maggiore garanzia. In particolare si osserva che "l'opzione legislativa, nel configurare una causa d'incompatibilità assoluta (tra le funzioni di giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare), appare come il frutto di una mera opportunità, giustificata dall'esigenza di evitare [...] i rischi di un'elencazione casistica", eventualmente lacunosa e, per questo, tale da dar luogo a nuovi interventi della Corte costituzionale. In maniera ancora più esplicita, si aggiunge che è ben difficile ravvisare una funzione di garanzia in una disposizione (l'art. 34 comma 2 *bis* c.p.p.), che finisce con il comprendere casi come quello della proroga dei termini delle indagini o delle intercettazioni, e così via⁴⁶. Considerazioni

⁴⁵ Più che esauriente in proposito l'esposizione di G. DE CHIARA, "L'impatto del nuovo art. 34 comma 2 *ter* sulle fisionomie dell'incompatibilità endoprocessuale" cit., 184 ss. Va anche ricordato che nella storia ormai infinita delle integrazioni al codice, il legislatore si è preoccupato di inserire, nell'art. 34 c.p.p. un comma 2 *quater*, il quale testualmente prevede che "le disposizioni del comma 2 *bis* non si applicano inoltre al giudice che abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio, o comunque abbia adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo VII del libro quinto". La norma è stata inserita dall'art. 2 *quater* della l. 144 del 5 giugno 2000 (pubblicata in *G.U. n. 131 del 7 giugno 2000*), di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 82 del 7 aprile 2000, recante modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato.

⁴⁶ D. MANZIONE, *D. Lgs. 19/2/1998 n. 51 (Giudice unico)*, in *Leg. pen.*, 1998, 421.

queste, quanto meno opinabili, che fanno emergere la necessità di portare l'attenzione sul profilo funzionale dell'udienza preliminare e sul ruolo che è chiamato svolgere il giudice che di essa è investito. Questo sarà pertanto il tema che sarà affrontato nel prosieguo del lavoro.

Per ora, con specifico riferimento alla normativa che è stata oggetto d'esame, ci si limita ad osservare che la valutazione della dottrina è, invece, generalmente positiva, introducendosi questa nuova forma d'incompatibilità, che permette di aggirare l'ostacolo derivante dall'orientamento della Corte costituzionale, che aveva escluso la censurabilità del codice sotto questo profilo, in virtù, come detto, della natura meramente processuale dell'udienza preliminare. Si è così osservato che "l'incompatibilità in parola, con l'accrescere la neutralità del magistrato chiamato ad esprimersi sulle risultanze delle indagini, rende ancor più significativo il momento processuale dell'udienza preliminare, e la valutazione della superfluità o meno del dibattimento"⁴⁷. Altri sottolinea che le modificazioni introdotte non intaccano la natura processuale dell'udienza preliminare, non configurandosi innovazioni con riguardo a quella che è la sua principale funzione, ossia quella di filtro delle imputazioni azzardate⁴⁸.

In ordine a tale ultima affermazione, vanno fatte due osservazioni. In primo luogo, essa non è unanimemente condivisa. Si è infatti sostenuto, senza tuttavia

⁴⁷ D. CARCANO – G. FIDELBO, *“Le disposizioni sul processo penale”*, cit., 306.

⁴⁸ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 11.

adeguati approfondimenti, che il legislatore, in sede di istituzione del giudice unico, avrebbe finito con il ravvisare nella funzione svolta dal giudice dell'udienza preliminare, una piena valutazione di merito "rilevante ai fini dell'incompatibilità, non meno di quella del giudizio dibattimentale, cui va in sostanza accomunata"⁴⁹. Più autorevole dottrina esclude, invece, che la nuova incompatibilità comporti un definitivo cambiamento della natura dell'udienza preliminare, nel senso di un implicito riconoscimento della sua valenza di merito e non meramente processuale. L'innovazione andrebbe letta "in chiave prodromica rispetto ad un'ipotizzabile diversa finalità dell'udienza preliminare piuttosto che viceversa"⁵⁰. In secondo luogo, la supposta non modificazione della natura processuale dell'udienza preliminare, potrebbe anche essere vera in sé, sotto questo particolare profilo, ma va comunque sottoposta ad un'adeguata verifica alla luce del più ampio contesto disciplinare, risultante dalla l. 479/99, che ha dettato nuove e significative disposizioni in tema d'udienza preliminare, con rilevanti implicazioni proprio sotto il profilo funzionale.

⁴⁹ A. BARBARANO, *La riforma del processo penale*, Esselibri, Napoli, 2000, 65.

⁵⁰ D. MANZIONE, *D.Lgs. 19/2/1998, n. 51 (Giudice unico)*, cit., 424.

CAPITOLO TERZO

L'udienza preliminare nel vecchio e nel nuovo regime.

3.1 Il processo penale: mezzo o fine?

Il codice del 1988, sia pur perfettibile sotto molteplici aspetti, rappresentava, o almeno sembrava rappresentare, una svolta decisiva nella politica processualpenalistica nazionale. Finalmente si abbandonava la codificazione fascista, che se pur adeguata nel corso del tempo, per quanto possibile e non senza contraddizioni, al nuovo assetto costituzionale, rimaneva ancora nella sua intima essenza frutto dell'ideologia totalitaria che lo aveva ispirato.

Si comprende, quindi, che il varo del nuovo codice fu salutato in dottrina come una svolta epocale, che nelle promesse, avrebbe dovuto avvicinare l'Italia a quei canoni di civiltà giuridica che al di là del diverso modo di atteggiarsi dei sistemi processuali che possono essere assunti a parametro di raffronto, costituiscono patrimonio comune della società occidentale.

Si è già avuto occasione di sottolineare che una così radicale opera di riforma, non poteva prescindere da singoli, specifici interventi, volti a rimuovere gli ostacoli ad uno svolgimento del processo penale in linea con le premesse sistematiche, eliminando prontamente incertezze normative o distorsioni applicative, retaggio di cinquant'anni d'inquisitorialità. Anzi, proprio l'adeguamento della cultura degli operatori del sistema giustizia, avrebbe dovuto costituire il fronte di maggior

impegno, unitamente al potenziamento degli organici, l'informatizzazione dei servizi, l'adeguamento delle strutture.

Una seria politica della giustizia, non può non mettere in primo piano tali esigenze, se si ha consapevolezza che il processo, ed in particolare il processo penale, non solo *ha un fine*, ma è *un mezzo* per realizzare quel fine. Non si tratta, evidentemente, di negare che ogni sistema processuale ha una sua chiara matrice culturale, ideologica o politica. Se non si accede ad una "teoria pura del diritto", il fenomeno giuridico è sempre espressione di specifiche istanze, che hanno origine nella società, storicamente determinata. Pur potendo il diritto esercitare una forza promozionale, volta ad adeguare la struttura sociale a modelli che non trovano ancora un riscontro generalizzato nel comune sentire, la spinta verso la trasformazione dell'organizzazione sociale è pur sempre espressione di valori, ideali, istanze culturali, di cui la classe dirigente, i partiti politici, i gruppi di pressione si rendono interpreti. Ciò è particolarmente evidente nel settore processuale, quando si tratta di predisporre una nuova tecnica, che può alternativamente porsi come strumento per la concretizzazione della riposta sanzionatoria dell'ordinamento a fronte di comportamenti difforni rispetto a parametri di tollerabilità sociale, prima ancora che giuridica, oppure come sequenza procedimentale che, nell'accertamento del fatto, assicuri il rispetto delle garanzie individuali. Ma se ciò determina la necessità di approfondire il profilo teleologico, ossia quella che si è definito "funzione del processo", che assurge al

ruolo, ad un tempo, di chiave di lettura delle singole fattispecie processuali e criterio guida per singoli interventi correttivi o d'adeguamento, non si può tuttavia sottacere che qualunque sia il fine che s'intende realizzare, esso presuppone un adeguato supporto organizzativo. E' solo in via successiva che si pone il problema della funzione, del valore o del fine da perseguire e, quindi, la questione della meritevolezza dello stesso, nel quadro dell'ordinamento, complessivamente considerato. In questo senso, dunque, il processo penale è un mezzo, il quale deve essere intimamente coerente con l'obiettivo da realizzare ma, prima ancora, presuppone che gli operatori della giustizia possano effettivamente lavorare in quella direzione.

Tuttavia, la cultura del legislatore italiano, ormai per lunga tradizione, non sembra affatto consapevole di tale esigenza. La storia è ricca di riforme solo cartacee, che ricevono, in prima battuta, giudizi pressoché unanimemente positivi, non solo dal mondo accademico e dagli operatori del settore, ma anche dalle istanze internazionali, in particolare comunitarie, alla cui verifica il diritto interno è sempre più incisivamente sottoposto. Alla prova dei fatti, però, spesso si tratta di un vero e proprio passo indietro, perché ai pur apprezzabili intenti, non corrisponde una reale volontà riformatrice, con il risultato di gettare nel *caos* apparati e strutture che avevano raggiunto una sia pure opinabile funzionalità. Ciò spesso nasconde una consistente componente demagogica, di cui il diritto penale e processuale sono fin troppo facili strumenti.

Se questa è la situazione in cui spesso vengono ad inserirsi le riforme, che si auspicano di ampio respiro, la vicenda dell'emanazione del nuovo codice di procedura penale ed i successivi sviluppi, non sono da meno. Il legislatore interviene prevalentemente sull'aspetto funzionale, sia pure sotto forma d'interventi novellistici sul profilo strumentale, ossia attraverso modifiche dell'elemento procedurale, che tuttavia incidono sulla stessa caratterizzazione funzionale del processo penale, piuttosto che occuparsi direttamente di problemi organizzativi. Si tratta di un'inopinata inversione metodologica che sembra assurgere ad indirizzo programmatico, con lo stravolgimento della natura stessa di un codice, che pur esprimeva una chiara linea di tendenza¹.

In questo contesto s'inserisce, almeno in parte, la recente interminabile riforma del processo penale, iniziata con l'istituzione del giudice unico di primo grado, proseguita con la l. 479/99, con la costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, oltre che con gli ormai innumerevoli provvedimenti collegati. Pur nella

¹ Emblematica è in proposito la vicenda del d.l. 341 del 24 novembre 2000 (pubblicato in *G.U. n. 275 del 24 novembre 2000*), convertito con modificazioni nella l. 16 gennaio 2001 n. 4 (pubblicata in *G.U. n. 16 del 20 gennaio 2001*), dal discutibile titolo “*disposizioni urgenti per l'efficacia e per l'efficienza dell'amministrazione della giustizia*”. Senza voler esprimere giudizi sul merito delle misure introdotte, che in questa sede non interessano, in una prospettiva più generale, non si può fare a meno di notare che si tratta di un tipico provvedimento ispirato ad una logica emergenziale, che certamente non fornisce risposte adeguate in termini strutturali ed appare fortemente condizionato, nel suo stesso concepimento, da alcuni eclatanti fatti di cronaca e dalle incombenti scadenze politiche. Forti perplessità sul decreto sono state espresse in *Diritto & Giustizia*, 42/2000, “*Il profumo dell'emergenza nel decreto anticarcerazioni*” (cdr), 7 s; ed ancora, C. CONTI, *Da un'assurda contabilità cautelare arbitri e contrasti giurisprudenziali*, *Diritto & Giustizia*, 43-44/2000, 78 ss. Le critiche, tuttavia, si attenuano nei confronti della legge di conversione, ribadendosi in ogni caso, che si tratta di “un tipo di approccio al tema della limitazione delle libertà personale molto diffuso, ma inaccettabile, contrario ai valori costituzionali sui quali si fonda l'ordinamento, troppo suggestionato dalle contingenze concrete, che hanno determinato, come in altre occasioni, l'intervento governativo” (M.L. DI BONITO, *Sui termini di custodia cautelare si è rischciata la lesione costituzionale; la l. 4/2000 ha circoscritto le scelte emergenziali*, *Diritto & Giustizia*, 6/2001, 8).

consapevolezza della severità dei giudizi espressi, i quali certamente richiederebbero una più approfondita riflessione, che tuttavia esula dalla competenza di chi scrive, e rinviando alla relativa *sedes materiae*, anche per un'analisi globale della portata dei citati interventi legislativi, ci si deve ora dedicare in particolare all'analisi dell'istituto che costituisce l'oggetto specifico di questo studio, ossia l'udienza preliminare.

3.2 L'udienza preliminare nell'iter della riforma.

Prima di affrontare più da vicino lo studio dell'udienza preliminare, così come disciplinata dal codice di procedura penale, secondo l'assetto originario e secondo quello attualmente vigente, può risultare utile dedicare qualche breve riflessione alla storia dell'istituto, attraverso l'analisi dei suoi precedenti, nei vari progetti che si sono succeduti nell'itinerario della riforma.

Va innanzitutto rilevato che una sorta d'udienza preliminare, era già prevista nella "Bozza" di Carnelutti del 1963². Secondo tale progetto, terminata la fase dell'inchiesta preliminare, destinata alla raccolta degli elementi necessari per valutare se procedere o meno al giudizio, se la decisione del magistrato del pubblico ministero era nel senso della formulazione dell'imputazione, questa doveva essere notificata all'imputato.

² V. *retro*, 1.1, nota 1.

Il difensore dell'imputato poteva, quindi, contrastare la richiesta di rinvio a giudizio, adducendo elementi che inducessero il giudice a respingerla. Sulla base degli elementi proposti dalle parti, il giudice poteva poi procedere ad una verifica in contraddittorio della fondatezza della richiesta.

In dottrina si è detto che “tale procedura non costituiva un'udienza preliminare in senso proprio, perché caratterizzata da un giudizio allo stato degli atti, e da un contraddittorio assai limitato”³. Il potere della difesa era infatti limitato alla contestazione delle argomentazioni dell'accusa sulla base di un ristretto orizzonte conoscitivo, sostanzialmente circoscritto all'imputazione notificata dal magistrato del pubblico ministero, senza possibilità di addurre elementi di prova a discarico o di conoscere quelli a carico.

Da un punto di vista testuale, nemmeno la legge delega del 1974 utilizzava l'espressione udienza preliminare. L'istituto era tuttavia previsto dall'art. 2 numero 40, il quale statuiva “l'obbligo del giudice istruttore, a seguito della richiesta del pubblico ministero [...], di sentire immediatamente e contestualmente le parti costituite, prima di decidere in base agli elementi adottati dalle parti stesse, se procedere agli adempimenti previsti dal numero 42, ovvero disporre il giudizio immediato o l'archiviazione”⁴.

³ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1996, 116.

⁴ A sua volta, l'art. 2 numero 42 prevedeva il “compimento da parte del giudice istruttore, al fine di accertare se sia possibile prosciogliere l'imputato, ovvero se sia necessario procedere al dibattimento, di **atti d'istruzione** [...]”

In esecuzione delle direttive della legge delega, il progetto preliminare del 1978 disciplinò l'udienza preliminare agli artt. 400 e ss. Essa, tuttavia, aveva caratteristiche ben diverse da quelle oggi conosciute, sia che si pensi alla disciplina originaria del codice, sia che si assuma come termine di raffronto la normativa attualmente vigente.

Si è già detto che il vizio d'origine del progetto del 1978 e, ancora prima, della relativa legge delega, era il mantenimento del giudice istruttore e dell'istruzione. Era previsto, per il compimento delle prime indagini, che il magistrato del pubblico ministero avesse a disposizione un brevissimo termine (trenta giorni), scaduto il quale egli avrebbe dovuto richiedere l'archiviazione, il giudizio immediato o l'istruzione (art. 2 n. 37). In immediata successione si collocava l'udienza preliminare, tenuta dal giudice istruttore. Essa segnava il passaggio dalla fase delle indagini a quella processuale, ed era destinata al controllo, nel contraddittorio delle parti, delle determinazioni del magistrato del pubblico ministero in ordine alla prosecuzione del procedimento. Secondo il linguaggio utilizzato dalla stessa Commissione, l'udienza preliminare si configurava come "udienza di smistamento", nella quale, salvo l'ipotesi di sentenza di proscioglimento, non venivano adottati provvedimenti di merito. Si è detto in dottrina che "l'incontro innanzi all'organo della giurisdizione, non avrebbe dovuto essere finalizzato all'esperimento di alcuna attività istruttoria, ma tendere solo all'audizione della parti ed alla decisione sul se disporre il giudizio immediato, aderire alla richiesta

d'archiviazione o provvedere, in alternativa al dibattimento, al compimento di atti d'istruzione"⁵. Per cui, il giudice istruttore non assumeva prove, ma si limitava a sentire le parti costituite. Ed anzi, proprio in ciò si è individuato un elemento di contraddizione, in quanto, essendo esclusa la possibilità di assumere prove nel corso dell'udienza, il giudice era vincolato agli elementi addotti dalle parti e, segnatamente, dal magistrato del pubblico ministero, ma allo stesso tempo aveva "ampi poteri di decisione e di smistamento del procedimento, non essendo in ciò vincolato dalle richieste delle parti"⁶.

Ma la più rilevante riserva risiedeva nel fatto che la legge delega aveva in sostanza delineato un sistema unidirezionale, che prescindeva dalle peculiarità del singolo procedimento, dalla specificità del reato, dalla gravità dello stesso o dal numero delle persone coinvolte. Una scelta imputabile a quello che è stato definito "ideologismo processuale"⁷, che portava a far confluire, ineluttabilmente, le indagini preliminari nell'udienza preliminare, in funzione dell'eventuale prosecuzione del procedimento e del successivo dibattimento, senza che fossero previsti riti alternativi che potessero svolgere una funzione deflattiva, al di là dei ristretti ambiti d'operatività del giudizio immediato e del procedimento per decreto,

⁵ M. FERRAIOLI, "Giudizio abbreviato", in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. DALIA, Jovene, Napoli, 1989, 7 s.

⁶ G. FRIGO, "Udienza preliminare", in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, IV, Utet, Torino, 1990, 574 s.

⁷ V. GREVI – G. NEPPI MODONA, "Dalla legge delega del 1974 al progetto preliminare del 1978", in G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale; dalle leggi delega ai decreti delegati*, Cedam, Padova, 1989, vol. I, 121 s.

e con l'esclusione della possibilità che l'imputato potesse chiedere di essere giudicato nella stessa udienza preliminare⁸.

Al di là questi rilievi, pur in questo limitato contesto, importante fu l'aver previsto che la richiesta di prosecuzione del procedimento dovesse essere sottoposta al vaglio giurisdizionale, con l'effettivo rispetto del principio del contraddittorio, attraverso l'obbligo del magistrato del pubblico ministero di depositare gli atti e la possibilità per i difensori di prenderne visione e di indicare elementi di prova⁹.

3.3 *L'udienza preliminare nella legge delega del 1987.*

A differenza di quanto era accaduto con la legge delega del 1974, quella del 1987 fece, anche testualmente, riferimento all'udienza preliminare. Per la verità, essa si caratterizzò addirittura per un uso fin troppo frequente dell'espressione, tanto che in dottrina si è rilevò che, “come sempre accade quando si conquista il *novum*, di questo strumento lessicale si è finito per abusare, al punto che esso è

⁸ M. FERRAIOLI, “*Giudizio abbreviato*”, cit., 8.

⁹ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 121.

stato impiegato in più punti della delega del 1987, tanto da causarne una sorta d'inflazione"¹⁰.

In effetti, nella terminologia della legge delega, la locuzione "udienza preliminare" fu estesa a molteplici ipotesi d'intervento del giudice per le indagini preliminari. Così, udienza preliminare era l'udienza per la proroga delle indagini (direttiva n. 48), per l'archiviazione (direttiva n. 50), e quella in cui deve essere valutata la sussistenza degli elementi per il rinvio a giudizio (direttiva n. 52). Si trattava, quindi, di una pluralità d'ipotesi, funzionalmente eterogenee, le quali inopportunamente erano associate nel comune riferimento all'udienza preliminare.

A fronte di ciò, la Commissione si orientò nel senso di restringere il significato del termine, ricollegandolo esclusivamente alla vicenda connessa alla richiesta di rinvio a giudizio. Nella *Relazione* si legge infatti che "si è escluso l'impiego della nozione di udienza preliminare, nelle situazioni in cui manca la formulazione dell'accusa"¹¹, dovendo viceversa i residui riferimenti ad essa, nell'ambito della legge delega, essere intesi come richiami ad "un rito più garantito rispetto a quello esperibile nei casi in cui il giudice ritenga manifestamente giustificata la richiesta

¹⁰ E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, *Cass. pen.*, 1988, 2173. Altri ha rilevato in proposito l'approssimazione della legge delega, perché "non è certo un modello di precisione avvalersi della stessa espressione per indicare fenomeni fortemente diversi, uno dei quali, per giunta, spicca per importanza al punto di vedersi giustamente privilegiare dal codice, con l'enucleazione di un apposito, ampio, titolo, mentre agli altri sono dedicate soltanto disposizioni isolate, prive di particolare evidenza" (G. CONSO, "Conclusioni", in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 177; id., *Conclusioni di un dibattito sull'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 66).

¹¹ *Relazione al progetto preliminare ed al testo definitivo del codice di procedura penale*, pubblicata in *G.U. n. 250 del 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 2, serie generale, 101*.

di proroga del magistrato del pubblico ministero”¹², senza per questo dover riprodurre tutti i meccanismi dell’udienza preliminare.

Limitata in questi termini la portata dell’istituto, superando le rigidità dell’impostazione voluta dalla delega del 1974, l’udienza preliminare non è però solo la fase iniziale del processo (c.d. *processo preliminare*¹³), ma diventa anche udienza di merito, idonea a definire il procedimento. Difatti, da un lato, la direttiva 52 attribuiva al giudice il potere di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, dall’altro la direttiva 53 prevedeva la possibilità di “pronunciare nell’udienza preliminare, sentenza anche di merito, se vi è richiesta dell’imputato ed il consenso del pubblico ministero, a che il processo venga definito nell’udienza preliminare stessa, e se il giudice ritiene di poter decidere allo stato degli atti”. L’udienza preliminare, inoltre, poteva essere pretermessa, nelle ipotesi di giudizio direttissimo e giudizio immediato, secondo le previsioni, rispettivamente, delle direttive 43 e 44. Ma di grande importanza fu, soprattutto, l’aver previsto, nella direttiva 52, “il potere del giudice, nel caso in cui, allo stato degli atti non ritenga di accogliere la richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio, né di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, di rinviare ad altra udienza affinché le parti forniscano ulteriori elementi ai fini della decisione”. Si sanciva, quindi, la possibilità che l’udienza preliminare potesse comportare una sia pur limitata acquisizione di

¹² *Relazione*, cit., 100.

¹³ D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1991, 19.

elementi probatori, la rilevanza dei quali doveva tuttavia, di regola, essere limitata alla sola fase preliminare. Ne derivava un consistente rafforzamento del contraddittorio, idoneo ad evitare che l'udienza preliminare potesse "trasformarsi in un monologo del magistrato del pubblico ministero, con l'effetto di rendere questa fase un momento di ratifica giurisdizionale dell'accusa"¹⁴.

3.4 L'udienza preliminare nel codice del 1988: linee sistematiche.

Il codice di procedura penale disciplina l'udienza preliminare nel titolo IX del libro V (indagini preliminari ed udienza preliminare), agli artt. 416 – 433. Il legislatore ha quindi collocato la relativa normativa nello stesso libro delle indagini preliminari, pur avendo le due fasi una diversa natura, in considerazione del fatto che le indagini preliminari hanno una connotazione procedimentale, mentre l'udienza in esame, o meglio, la richiesta di rinvio a giudizio che la introduce, segna l'inizio del processo.

Nella *Relazione* si osservò che la separazione tra attività investigativa ed attività di natura giurisdizionale, sarebbe forse stata meglio evidenziata se "anche l'udienza preliminare fosse stata disciplinata al di fuori del libro delle indagini, nel contesto unitario della normativa del libro VI, dedicata a tutti gli epiloghi che

¹⁴ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 126.

integrano forme d'esercizio dell'azione penale"¹⁵. Tuttavia, la natura stessa dell'udienza preliminare, che ha certamente carattere processuale, ma non è funzionalmente destinata alla formazione della prova da utilizzare in dibattimento, nonché la necessità di dare un adeguato risalto ai procedimenti speciali disciplinati dal citato libro VI, hanno indotto la Commissione a collocare l'istituto nell'ambito del libro V¹⁶.

L'udienza preliminare, come già più volte s'è ricordato, segna il passaggio dal procedimento al processo. Evidenti sono in proposito le differenze rispetto al modello disegnato dal codice Rocco, in forza del quale era l'istruzione che segnava l'inizio del processo.

In particolare, nessun dubbio sussisteva in merito all'istruzione formale; ma anche per l'istruzione sommaria la conclusione doveva essere la stessa, sebbene una parte della dottrina e della giurisprudenza fossero di parere diverso. Si fece tuttavia autorevolmente notare come fosse "quanto mai arduo negare carattere giurisdizionale ad una specie d'istruzione i cui risultati probatori, utilizzabili in dibattimento, hanno il medesimo valore di quelli acquisiti nell'altra specie d'istruzione, la formale, la cui giurisdizionalità nessuno oserebbe contestare"¹⁷.

¹⁵ *Relazione*, cit., 81.

¹⁶ Sul punto, F. ROBERTI, *L'udienza preliminare. Poteri delle parti ed iniziative del giudice*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 18.

¹⁷ A. MOLARI, "Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare", AA.VV., *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Atti del convegno di Venezia, 7- 9 ottobre 1988, a cura di E. FORTUNA - A. PADOAN, Cedam, Padova, 1989, 55 s.

In realtà, il vero problema era quello che riguardava l'individuazione concreta del momento che segnava l'avvio della fase processuale. Nessuna difficoltà interpretativa sorgeva per l'istruzione formale, identificandosi il momento di passaggio dalla fase preprocessuale all'instaurazione del processo, con la relativa richiesta che il magistrato del pubblico ministero rivolgeva al giudice istruttore. Problemi sussistevano, invece, per quanto riguardava l'istruzione sommaria, per la mancanza di un atto, formalmente individuato, che segnasse il passaggio dalla preistruzione all'istruzione. Ed in effetti, essendo queste ultime attività entrambe espletate dal magistrato del pubblico ministero, non si poteva certo prevedere che egli "richiedesse a sé stesso l'istruzione sommaria"¹⁸. Si affermava, quindi, in via generale, che la fase istruttoria era introdotta, oltre che dalla richiesta d'istruzione formale, da ogni altro atto con cui il magistrato del pubblico ministero, "passando dalla fase meramente investigativa a quella persecutoria, rivolge la propria attività d'indagine contro un soggetto determinato; ossia quando [...] ascrive la responsabilità del fatto ad un determinato soggetto, che quindi assume la qualità d'imputato"¹⁹. Di conseguenza, l'esercizio dell'azione penale s'identificava nel primo atto contenente l'imputazione, come per esempio, un ordine di cattura, di comparizione e così via.

¹⁸ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2000, 95.

¹⁹ O. DOMINIONI, "Imputazione", *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, 822 s.

Il nuovo codice di procedura penale ha modificato radicalmente il processo penale, con particolare riferimento alla prima fase, essendo stata eliminata l'istruzione formale e sommaria, al posto della quale è stata prevista una più agile fase delle indagini preliminari, la cui natura meramente procedimentale determina un accorciamento del processo, il cui inizio è spostato in avanti rispetto al vecchio codice. Il magistrato del pubblico ministero, solo al termine delle indagini valuta se esercitare l'azione penale e, nel caso di specie, se presentare al giudice la richiesta di rinvio a giudizio, che sarà vagliata nell'udienza preliminare; oppure se chiedere l'archiviazione, evitandosi quindi in tal modo imputazioni superflue, vale a dire infondate.

Si può in definitiva affermare che, se nel codice Rocco l'istruzione costituiva l'*incipit* del processo, nel nuovo codice essa è attività tipicamente dibattimentale, da svolgere nel contraddittorio pieno delle parti. Invece, l'udienza preliminare, introdotta dalla richiesta del magistrato del pubblico ministero, nuova fase iniziale del processo, pur potendo costituire un'occasione per l'adozione di pronunce sul merito dell'imputazione, attraverso forme di definizione alternativa, e pur potendo essere saltata, si colloca, istituzionalmente, in una posizione prodromica rispetto all'eventuale dibattimento, senza che gli atti in essa compiuti, così come tutto ciò che accade nel corso della fase preliminare, possa pregiudicare o preformare l'esito del giudizio, in ossequio al principio della separazione delle fasi, in precedenza

ampiamente analizzato. Un principio, tuttavia, che s'è visto essere tutt'altro che assoluto.

3.5 *L'introduzione della fase.*

Conclusa questa prima fase di carattere storico ricostruttivo, è finalmente giunto il momento di affrontare più da vicino l'assetto disciplinare dell'udienza preliminare, così come emerge dallo studio del libro V, titolo IX. c.p.p. Per ovvie ragioni, l'analisi non potrà che partire dalla fase introduttiva.

In premessa, va menzionato l'art. 405 c.p.p., il quale, disciplina con estrema precisione l'esercizio dell'azione penale. Per quanto in questa sede interessa, esso prevede che “il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione [...] con richiesta di rinvio a giudizio (comma 1)”. Tale richiesta è funzionale all'instaurazione della fase dell'udienza preliminare, anzi, ne costituisce il “presupposto essenziale”²⁰. Quest'udienza potrebbe ben essere saltata, attraverso l'adozione di riti alternativi che consentono, a secondo dei casi, di anticipare il dibattimento, come accade con il giudizio direttissimo ed il giudizio immediato, o addirittura di evitarlo, come nell'ipotesi di procedimento per decreto. Tuttavia, essa, rientra “in quello che il codice considera l'andamento normale del processo”²¹.

²⁰ G.M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, Digesto (disc. pen.), vol. XV, Utet, Torino, 1999, 24.

²¹ A. NAPPI, *Profili dell'udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 514; id. *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 343 s.; id., “*Udienza preliminare*”, Enciclopedia del diritto, vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 518 s.

In effetti, la richiesta di rinvio a giudizio, introduttiva dell'udienza preliminare, costituisce non l'unico, ma certamente il principale ed ordinario modo di esercizio dell'azione penale. Nella logica del sistema, infatti, può accadere che specifiche condizioni, permettano d'instaurare il giudizio dibattimentale in termini particolarmente rapidi, evitando o riducendo al minimo le fasi anteriori (indagini preliminari e/o udienza preliminare). In quest'ottica s'inquadrano il giudizio immediato ed il giudizio direttissimo. Il primo, infatti, presuppone lo svolgimento delle indagini, sia pure per un tempo ridotto rispetto a quello previsto ordinariamente (anziché sei mesi, novanta giorni dalla data d'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.: art. 454 c.p.p.), ma la situazione di evidenza probatoria (art. 453 comma 1 c.p.p.) che ne costituisce la giustificazione, rende superflua l'udienza preliminare, essendo sufficiente la verifica del giudice per le indagini preliminari, *inaudita altera parte*, in ordine alla fondatezza della valutazione del magistrato del pubblico ministero, che lo ha indotto ad avanzare la richiesta di giudizio immediato. Nel giudizio direttissimo, invece, vengono meno, in sostanza, sia l'udienza preliminare che le indagini, le quali ultime possono essere svolte per termini brevissimi, secondo le previsioni dell'art. 449 c.p.p. Anche per questa fattispecie, per altro, la giustificazione del rito risiede nell'evidenza probatoria; ma mentre nel caso di giudizio immediato essa si fonda sulla valutazione dell'organo dell'accusa, che, proprio in quanto tale, deve essere sottoposta al vaglio del giudice, nell'ipotesi di giudizio direttissimo

l'evidenza è, per così dire, *in re ipsa*, determinata com'è dalla flagranza o dalla confessione, e quindi oggettivamente riscontrabile, ferma restando la necessità della valutazione del giudice sulla sussistenza dei presupposti di legge²².

Nel caso del procedimento per decreto, ex artt. 459 ss. c.p.p., per i reati per i quali si debba applicare solo una pena pecuniaria, se la relativa richiesta può essere avanzata entro il termine di sei mesi, termine coincidente con quello ordinario delle indagini, si consente tuttavia di eliminare oltre che l'udienza preliminare anche la fase dibattimentale, anche se poi tale effetto non è certo, posto che l'opposizione al decreto penale di condanna può determinare l'instaurazione del dibattimento.

Se queste sono le ipotesi in cui l'udienza preliminare può essere omessa, al di fuori dei limiti d'applicabilità della relativa disciplina, essa, nel disegno del codice, costituisce un passaggio essenziale, in quanto sede in cui si procede al vaglio degli elementi raccolti dagli organi investigativi, per verificare la necessità del passaggio alla successiva fase dibattimentale. In questo senso, dunque, l'udienza preliminare fa parte dell'andamento normale del processo²³, in forza della sua collocazione sistematica nell'ambito di un modello costruito "attraverso un succedersi di attività tipizzate, che possono sintetizzarsi nella sequenza *indagini - udienza preliminare -*

²² Su questi temi, efficace la descrizione di A.A. DALIA - M., *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 539 s.; si veda anche *retro*, 1.1, pag. 34 s.; 1.2, pag. 40 s.

²³ In questo senso anche, A. MACCHIA, "L'udienza preliminare", in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 37; M. GAMBARDELLA, "Udienza preliminare", in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale; rassegna di dottrina e giurisprudenza*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1998, 529; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1999, 377.

dibattimento [...], mentre l'eliminazione o la particolare compressione di uno dei passaggi di tale sequenza, dà invece luogo a modelli processuali alternativi, in vario modo semplificati”²⁴.

Secondo quanto prevede l'art. 416 comma 1 c.p.p., la richiesta di rinvio a giudizio deve essere depositata presso la cancelleria del giudice. Contestualmente al deposito della richiesta, deve essere trasmesso il fascicolo delle indagini preliminari; al fascicolo vengono poi allegati il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, a meno che esse non debbano essere custodite altrove (comma 2). Si vedrà più avanti l'importanza di tali adempimenti. Per ora va osservato che nel momento in cui il magistrato del pubblico ministero, attraverso la richiesta di rinvio a giudizio, esercita l'azione penale, colui a carico del quale si svolge il procedimento, che fino a quel momento aveva rivestito esclusivamente la qualifica di indagato, assume quella di imputato. Assolutamente esplicita è in questo senso la *Relazione*, quando afferma che “la formalizzazione del rapporto processuale tra Stato-magistrato e cittadino, consegue all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, con il compimento di uno degli atti tipici che segnano il passaggio dalle indagini preliminari alla fase processuale vera e propria”²⁵ e che determinano l'acquisto della qualità d'imputato, da parte di colui nei confronti del quale si sono svolte le indagini²⁶.

²⁴ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 17.

²⁵ *Relazione*, cit., 29.

²⁶ Sul punto, D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 27 ss.

In piena armonia con queste considerazioni, l'art. 60 c.p.p. espressamente prevede che “assume la qualità d'imputato la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio [...]”. Incidentalmente, si deve tuttavia tener presente che l'esigenza di assicurare un'adeguata tutela difensiva anche nella fase anteriore a quella contraddistinta dall'inizio del processo, è all'origine della previsione dell'art. 61 c.p.p., che sancisce l'estensione alla persona sottoposta alle indagini preliminari, dei diritti e delle garanzie dell'imputato. Si tratta, tuttavia, di una disposizione che *plus dixit quam voluit*. In proposito si è infatti osservato che la estensione all'indagato dei diritti dell'imputato non ha valenza generale, ma è circoscritta a quei diritti che possono effettivamente essere riconosciuti in una fase procedimentale e non processuale, qual'è quella delle indagini preliminari²⁷. Ed in effetti, per poter esercitare tali diritti, la persona sottoposta alle indagini dovrebbe essere informata delle investigazioni in corso²⁸ e, quindi, dovrebbe avere conoscenza dell'esistenza del procedimento e dei termini dello stesso²⁹. Può però

²⁷ A.A. DALIA- M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 475.

²⁸ Di ciò del resto fu consapevole la stessa Commissione, essendosi affermato che “pur tenendo conto che l'esercizio dei diritti da parte dell'*indiziato*, è in concreto subordinato alla conoscenza che questi abbia del compimento di atti d'indagine nei suoi confronti, non è sembrato inutile, nell'ottica della maggior tutela della persona [...], prevedere l'acquisto delle garanzie stabilite per l'imputato, sin dal compimento dei primi atti d'indagine” (*Relazione*, cit., 29). Si veda anche *retro*, 1.3, pag. 52.

²⁹ In merito, ampiamente, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 60 s.

accadere che il soggetto sia totalmente all'oscuro delle indagini che si svolgono nei suoi confronti e, per questo, impossibilitato a difendersi³⁰.

Inoltre, all'indagato, se pure può, ed in taluni casi, deve, essere riconosciuto il diritto di difesa, non è comunque riconosciuto il diritto al contraddittorio, il quale invece, nella sua pienezza, contraddistingue la fase processuale e, quindi, l'udienza preliminare ed il dibattimento, in cui le parti sono abilitate a contraddire appunto, dinanzi ad un giudice terzo³¹.

Tornando più specificatamente all'introduzione dell'udienza preliminare, si è detto che lo strumento è costituito dalla richiesta di rinvio a giudizio. Autorevole dottrina ha osservato che essa costituisce una “forma tipica di promovimento dell'azione penale, essenzialmente estrinsecatesi in una domanda, il cui contenuto, per così dire vincolato, è non già di merito, ma di rito”³², in quanto rivolta ad ottenere una pronuncia non sulla colpevolezza dell'imputato, ma sulla necessità del giudizio dibattimentale³³.

I requisiti formali della richiesta sono indicati dall'art. 417 c.p.p., il quale, come si avrà occasione di vedere, ha costituito oggetto di alcune precisazioni ad

³⁰ Per un'esauriente trattazione del tema del diritto all'informazione durante le indagini preliminari, come presupposto del diritto di difesa, significative sono le riflessioni di L. CARACENI, *“Informazione di garanzia”*, Enciclopedia del diritto, III agg., Giuffrè, Milano, 1999, 697 ss.; M. NOBILI, *“La difesa nel corso delle indagini preliminari; i rapporti con l'attività del pubblico ministero”*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, Milano, 1997, 70 s.

³¹ A.A. DALIA- M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 133.

³² G. FRIGO, *“Udienza preliminare”*, cit., 586.

³³ M. GAMBARDELLA, *“Udienza preliminare”*, cit., 536.

opera della l. 479/99. I requisiti previsti dalla norma, si possono riassumere in questi termini:

- 1) *soggetto passivo*, ossia l'individuazione dell'imputato;
- 2) *oggetto*, e quindi, la descrizione del fatto con la sua qualificazione giuridico - penale;
- 3) *fonte*, vale a dire l'indicazione delle fonti di prova;
- 4) *contenuto*, ossia la domanda diretta al giudice, rivolta ad ottenere il provvedimento di *vocativo in iudicium*, costituito dal decreto che dispone il giudizio;
- 5) *soggetto attivo e tempo*, cioè la sottoscrizione del magistrato del pubblico ministero e la data.

Sul primo punto, si può osservare che la terminologia del codice non è affatto casuale, ma è in piena armonia con la previsione dell'art. 60 c.p.p., che, come visto, identifica *l'imputato* con colui al quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, facendogli così perdere la qualifica di indagato.

Per quanto riguarda il profilo oggettivo, la richiesta deve contenere la formulazione dell'imputazione e, quindi, l'indicazione dell'attività materiale di cui il soggetto è chiamato a rispondere, con le relative circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza. Si tratta, quindi, "delle note descrittive necessarie e sufficienti ad individuare il fatto, nella sua

identità storica”³⁴, che, unitamente alla indicazione degli articoli di legge che si assumono violati, assicurano la completezza dell’imputazione e permettono di evitare che essa si possa ridurre, come pure è accaduto sotto il vigore del codice Rocco, nella mera indicazione del *nomen iuris* o nella semplice trascrizione di fattispecie di reato³⁵.

Per quanto riguarda gli elementi probatori addotti a supporto della richiesta di rinvio a giudizio, merita di essere sottolineato il linguaggio del codice, il quale, opportunamente parla non di *prove*, le quali si possono formare solo in sede di giudizio di merito sul fatto, ma di *fonti di prova*³⁶.

Inoltre, è utile ricordare che nella *Relazione* si fece notare come nel corso dei lavori preparatori si fosse proposto di includere tra i requisiti della richiesta di rinvio a giudizio “l’esposizione sintetica dei risultati conseguiti nelle indagini

³⁴ O. DOMINIONI, “Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare”, in AA.VV., *Il nuovo processo penale; dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, 64.

³⁵ Sul punto, D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, cit., 36 s.; M. GAMBARDELLA, “Udienza preliminare”, cit., 536.

³⁶ Sebbene l’argomento meriterebbe di essere più adeguatamente approfondito, sul piano terminologico, si può proporre la seguente distinzione:

- a) *fonti di prova*: si tratta dell’atto, del fatto, della persona, da cui scaturiscono gli elementi di prova (p.e. un testimone, un documento ecc.);
- b) *elementi di prova*: costituiscono l’oggetto della valutazione del giudice (p.e., la dichiarazione resa dal testimone);
- c) *mezzi di prova*: s’identificano nell’insieme dei principi, delle regole, delle tecniche, utilizzate per trarre dalla fonte di prova, gli elementi di prova (p.e. testimonianza);
- d) *mezzi di ricerca della prova*: consistono in “attività, di natura investigativa, che si compiono alla ricerca di mezzi di prova o di elementi di prova (p.e. perquisizioni, ispezioni, ecc.) [A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 188];
- e) *prova*: è il giudizio che il giudice dà su di un determinato fatto o circostanza o, se si preferisce, “l’argomentazione che, muovendo dall’affermazione di un fatto noto, consente di pervenire all’affermazione di un fatto incerto” (A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 175).

preliminari”³⁷. Si sarebbe trattato, in sostanza, com’è stato rilevato, di una sorta di enunciazione dei motivi della domanda³⁸. La proposta tuttavia non fu accolta, sia per non appesantire il lavoro del magistrato del pubblico ministero, sia per evitare qualsiasi condizionamento del giudice dell’udienza preliminare, così che, la richiesta non deve in alcun modo essere motivata. Ciò implica che “anche se la richiesta di rinvio a giudizio è manifestamente infondata, il giudice deve fissare l’udienza preliminare”³⁹.

Sul piano del contenuto, si è già detto che esso è vincolato, in quanto, qualora il magistrato del pubblico ministero dovesse ritenere che non sussistono le condizioni per procedere, l’unica possibilità che gli si apre è quella della richiesta d’archiviazione. E’ esclusa, infatti, la possibilità di richiedere al giudice una sentenza di non luogo a procedere, la quale, può ben essere pronunciata dal giudice dell’udienza preliminare, quando egli giunga a determinazioni opposte a quelle del magistrato del pubblico ministero, ma presuppone che questi abbia esercitato l’azione penale.

Per quanto riguarda poi l’ipotesi della mancanza, nella richiesta, di uno dei requisiti previsti, si deve far presente che nel codice non c’è una disposizione che disciplini esplicitamente le conseguenze da riconnettere a questo caso. Ne deriva

³⁷ *Relazione*, cit., 102.

³⁸ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 589.

³⁹ C. MASSA, in AA.VV., *Lineamenti del nuovo processo penale; dai soggetti al giudizio di primo grado*, Jovene, Napoli, 1993, 261.

che la soluzione del problema deve essere ricavata in via interpretativa. Premesso che le conseguenze dovrebbero essere diversificate, a secondo che manchi l'uno o l'altro requisito⁴⁰, senza dilungarsi sul tema, ci si può limitare ad osservare come vi sia una sostanziale divergenza di opinioni tra dottrina e giurisprudenza. La prima è in buona parte orientata nel senso della nullità, ex artt. 178 lett. b) e 179 c.p.p.⁴¹. La giurisprudenza è invece decisamente orientata in senso contrario, in quanto si afferma l'abnormità del provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio per mancanza dei requisiti previsti dall'art. 417 c.p.p., posto che tale nullità non è prevista da alcuna norma, e pertanto il provvedimento che la dichiara si pone totalmente al di fuori del vigente sistema processuale. Si è invece sostenuto, ed in questo senso anche una parte della dottrina, che alla mancanza dei requisiti si può rimediare nel corso della stessa udienza preliminare, potendo, la richiesta, essere completata degli elementi mancanti, in quella sede⁴². In verità, tale ultimo orientamento non può non generare forti perplessità, fino al punto di chiedersi se esso non comporti un vero e proprio stravolgimento del disegno del legislatore. Diventa davvero arduo, infatti, spiegare

⁴⁰ Si è così affermato che “per quanto appaia stravagante, non sembra che l'inosservanza della disposizione relativa alla data ed alla sottoscrizione implichi la nullità” (G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 591). Nello stesso senso, A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, Cedam, Padova, 1999, 14. In dottrina si è anche specificato che la mancanza di sottoscrizione del magistrato del pubblico ministero, è causa d'invalidità solo se essa comporta incertezza assoluta sull'autorità che ha emanato l'atto (S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1997, 67).

⁴¹ Tra gli altri, sia pure in senso molto articolato, D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 90 ss.; anche, S. RAMAJOLI, *loc. cit.*; G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 590.; A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 14 ss.

⁴² Su tema si veda, M. GAMBARDILLA, “*Udienza preliminare*”, 536 ss.

per esempio, in presenza di un'insufficiente o mancata indicazione delle fonti di prova, o persino dell'imputazione, come l'imputato possa adeguatamente apprestare la sua difesa, in vista dell'udienza preliminare. Non si vede proprio, in un simile contesto, che senso abbia parlare di *discovery*⁴³. Ed in effetti, in dottrina si è evidenziata la non compatibilità con le finalità dell'udienza preliminare della possibilità che, nel corso della stessa, "l'imputazione possa essere ancora fluida, nel senso di poter essere completata o corretta, pur in presenza di un difetto genetico"⁴⁴. Risulterebbe, infatti, vanificata l'esigenza di una compiuta e tempestiva informazione all'imputato, presupposto essenziale per l'esercizio del diritto di difesa, esigenza, tra l'altro, espressamente riconosciuta e garantita dalle convenzioni internazionali⁴⁵.

Ad ogni modo, vale la pena di osservare che sulla questione è in qualche maniera intervenuto il legislatore, con la l. 479/99. Essa, infatti, all'art. 18, ha previsto la modifica dell'art. 417 c.p.p. In particolare, si è prevista una specificazione nel profilo oggettivo ed in quello riguardante le fonti probatorie,

⁴³ Tuttavia, la Corte costituzionale, con ord. n. 131 del 14 aprile 1995, ha dichiarato infondata la questione di legittimità relativa all'art. 417 c.p.p., nella parte in cui non prevede sanzioni per l'inosservanza del precetto processuale. In particolare, la Corte ha affermato che "di fronte ad un'imputazione assolutamente generica, tale da incidere negativamente sullo svolgimento del contraddittorio, e quindi sull'esercizio del diritto di difesa [...], nulla impedisce al giudice di invitare il pubblico ministero a modificare l'imputazione" (*Cass. pen.*, 1995, 2088).

⁴⁴ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 15.

⁴⁵ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con l. 848/55, all'art. 6 comma 3 stabilisce che "ogni accusato ha diritto soprattutto a: a) essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a sua carico; b) disporre del tempo e dei mezzi necessari per preparare la sua difesa.[...]"

richiedendosene l'enunciazione *in forma chiara e precisa*. Si tratta di una precisazione certamente utile, finalizzata com'è ad assicurare all'imputato una migliore conoscenza dell'imputazione, e permettergli così di esercitare al meglio il diritto di difesa. E tuttavia, proprio questa considerazione avrebbe dovuto portare a completare la norma, che allo stato appare monca, dato che continua a non essere prevista una specifica riposta sanzionatoria, per l'ipotesi d'inottemperanza alle prescrizioni legislative. Al contrario, il disegno di legge 2655, presentato alla Camera dei deputati il 7 novembre 1996, a firma Carrara ed altri ed intitolato "modifiche agli articoli 417 e 555 del codice di procedura penale in materia di nullità della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto di citazione a giudizio"⁴⁶, prospettava l'aggiunta all'art. 417 c.p.p., di un comma 1 *bis*, che sanciva la nullità della richiesta per la mancanza dei requisiti specificatamente previsti. Non essendo, infine, stata accolta la proposta, si è ritenuto che dovrebbe in materia conservare validità la soluzione della giurisprudenza orientata nel senso dell'abnormità, come sopra accennato. Poiché non è prevista nessuna nullità, si dice, "è consentito al pubblico ministero procedere a norma dell'art. 423 c.p.p., anche oralmente, alle necessarie modifiche ed integrazioni dell'imputazione"⁴⁷.

⁴⁶Si tratta di uno dei molteplici disegni di legge che poi furono assorbiti nel testo unificato predisposto dal relatore, on. Carotti, e presentato in Commissione giustizia il 12 maggio 1998. Il disegno di legge è pubblicato nel sito della Camera dei deputati:
http://www.camera.it_dati/leg13/stampati/sk3000/articola/2655.htm

⁴⁷ E. APRILE, *Giudice unico processo penale*, Giuffrè, Milano, 2000, 70.

Si può invece rilevare che una specifica ipotesi di nullità è prevista dall'art. 416 comma 1 c.p.p., così come aggiornato, prima dall'art. 2 della l. 234/97, e poi dall'art. 17 della l. 479/99⁴⁸. La norma, nella sua attuale formulazione, prevede che “la richiesta di rinvio a giudizio è nulla se non è preceduta dall'avviso previsto dall'art. 415 *bis*, nonché dall'invito a presentarsi a rendere interrogatorio, ai sensi dell'art. 375 comma 3, qualora la persona sottoposta alle indagini abbia chiesto di essere sottoposta ad interrogatorio, entro il termine di cui all'art. 415 *bis* comma 3”.

Passando poi agli adempimenti successivi al deposito della richiesta di rinvio a giudizio, essi sono scanditi da termini particolarmente brevi, anche se di natura ordinatoria. Infatti, l'art. 418 comma 1 c.p.p., nella sua originaria formulazione, prevedeva che il giudice dovesse fissare con decreto, entro soli *due giorni*, la data, l'ora ed il luogo dell'udienza preliminare, provvedendo alla nomina del difensore d'ufficio, nel caso in cui l'imputato ne fosse privo. Anche questa norma è stata oggetto di una sia pur limitata modifica legislativa, che ha portato il termine a *cinque giorni*. La dottrina aveva infatti ritenuto eccessivamente breve il termine originario⁴⁹. In effetti, esso era tale da non permetterne il rispetto nemmeno al magistrato più diligente. In ogni caso, si riteneva che la sua inosservanza non comportasse nessuna sanzione processuale⁵⁰. Di fronte all'allungamento del

⁴⁸ In argomento, anche *retro*, 1.3, pag. 53.

⁴⁹ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 67.

⁵⁰ In questo senso anche la Corte costituzionale, sent. 12/92, in *Cass. pen.*, 1992, 1195.

termine, che nelle intenzioni avrebbe dovuto rispondere all'esigenza di renderne possibile, almeno tendenzialmente, il rispetto, si è osservato che la sua persistente natura ordinatoria, unitamente ai consistenti carichi di lavoro degli uffici giudiziari, “consente agevolmente di ipotizzare che difficilmente questa scadenza verrà rispettata con regolarità”⁵¹. Altri, con maggiore incisività, ha evidenziato la scarsa rilevanza della modifica, in quanto, poco importa il fatto che l'udienza preliminare venga fissata entro due giorni o entro cinque giorni dal deposito della richiesta, purché l'udienza si svolga nel termine massimo di trenta giorni⁵².

Il comma 2 dell'art. 418 comma c.p.p. prescrive, appunto, che tra la data del deposito della richiesta e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a trenta giorni. In dottrina si è detto che la prescrizione risponde ad “esigenze di speditezza e tende ad evitare che si apra uno dei tempi morti tra il momento del deposito della richiesta e quello dell'udienza”⁵³. Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di un termine ordinatorio, non essendo previste sanzioni processuali per l'ipotesi di violazione. In via patologica ciò ha consentito, nella pratica, una sistematica trasgressione del termine, con la conseguenza, da un lato, di dilatare i termini delle indagini suppletive, di cui subito ci si occuperà, e dall'altro, di vanificare, fin dall'inizio del processo, ogni aspirazione di celerità.

⁵¹ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit. 76.

⁵² G. GARUTI, “*La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. PERONI, Cedam, Padova, 2000, 366.

⁵³ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 593.

In forza dell'art. 419 comma 1 c.p.p. (atti introduttivi), l'avviso del giorno, dell'ora e del luogo dell'udienza preliminare, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio formulata dal magistrato del pubblico ministero, sono notificati all'imputato ed alla persona offesa della quale risulti agli atti l'identità ed il domicilio. La notificazione dell'avviso alla persona offesa risponde all'esigenza di rendere possibile la costituzione di parte civile per l'udienza preliminare⁵⁴. Non è invece prevista la notificazione al danneggiato, che sia soggetto diverso dalla persona offesa, nonostante che egli, proprio in quanto danneggiato, potrebbe costituirsi parte civile. In dottrina si è tuttavia sostenuto che tale soluzione s'inserisce in una "complessiva scelta di sfavore verso l'ingresso di questo soggetto nel processo [...], temperata però, dalla possibilità di costituirsi parte civile anche in dibattimento e dal fatto che la sentenza di non luogo a procedere, non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno"⁵⁵. In senso contrario, pur riconoscendosi la correttezza formale della soluzione che esclude il danneggiato dal novero dei soggetti che devono essere avvisati, si è auspicata "un'interpretazione meno rigoristica, allo scopo di migliorare i diritti partecipativi di chi può vantare pretese risarcitorie"⁵⁶.

⁵⁴ G. FRIGO, "Udienza preliminare", 596 s; G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 182 s.; M. GAMBARDELLA, "Udienza preliminare", cit., 544 s.

⁵⁵ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 184.

⁵⁶ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 37.

L'art. 2 *quinquies* della l. 144/2000, integrando l'art. 419 comma 1 c.p.p., ha poi specificato che l'avviso deve anche contenere "l'avvertimento all'imputato che, non comparso, sarà giudicato in contumacia". L'avviso, inoltre, deve essere, comunicato al magistrato del pubblico ministero, e notificato al difensore dell'imputato, avvertendolo della facoltà di prendere visione degli atti e delle cose trasmesse a norma dell'art. 416 comma 2 c.p.p., ossia del fascicolo del magistrato del pubblico ministero e delle cose eventualmente ad esso allegate, nonché della facoltà di presentare memorie e produrre documenti. Tanto l'avviso al magistrato del pubblico ministero quanto quello al difensore debbono poi contenere *l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini svolte dopo la richiesta di rinvio a giudizio* (art. 419 comma 2 c.p.p. e art. 419 comma 3 c.p.p. come modificato dalla l. 397/2000). L'art. 131 disp. att. c.p.p., in tal modo colmando una lacuna dell'art. 419 c.p.p.⁵⁷, ha inoltre precisato che il difensore, ma anche le parti private e la persona offesa, non solo hanno il potere di prendere visione degli atti citati, ma hanno anche quello di estrarne copia.

Prima di proseguire nell'analisi, vale la pena soffermarsi sull'attività d'indagine suppletiva⁵⁸, cui l'art. 419 comma 3 c.p.p. fa implicitamente riferimento, sia pure riservandosi di riprendere più avanti l'argomento, sotto il

⁵⁷ P. DELLA SALA, "Brevi considerazioni sull'udienza preliminare", in AA.VV., *Riforma del processo penale; rito accusatorio ed inquisitorio a confronto*, Sapere 2000, 1990, 84 s; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995, 780.

⁵⁸ Sebbene il codice non usi espressamente tale locuzione, essa è adoperata per distinguere le indagini di cui all'art. 419 comma 3 c.p.p., da quelle di cui all'art. 430 c.p.p., definite "integrative".

profilo della *discovery*. Nella *Relazione* si mise in luce che “la Commissione si era trovata a scegliere tra la previsione del divieto di ogni atto d’indagine, dopo la scadenza del termine, ed il conferimento al pubblico ministero⁵⁹ del potere di compiere atti [...] integrativi”, non dissimili da quelli che possono essere compiuti dopo l’emissione del decreto che dispone il rinvio a giudizio. A fronte di quest’alternativa, si ritenne di far prevalere la seconda soluzione, per non creare un *periodo bianco* in cui ogni attività d’indagine fosse interdetta, ma anche perché non si poteva negare al magistrato del pubblico ministero il potere “di compiere le investigazioni cui è ovviamente legittimato”⁶⁰. Tuttavia, la norma pone gravi problemi in ordine all’individuazione del limite temporale entro il quale gli atti d’indagine possono essere compiuti, attesa l’assenza di un’esplicita indicazione legislativa. Diversi sono gli orientamenti formati in proposito⁶¹.

Una delle soluzioni proposte in dottrina fissa il limite nella scadenza del termine, previsto dalla legge o prorogato dal giudice, per la durata del procedimento preliminare⁶². Ne deriva che le indagini suppletive si possono svolgere solo se il magistrato del pubblico ministero ha presentato la richiesta di rinvio a giudizio prima della scadenza del termine legale o prorogato, e non anche

⁵⁹ Il riferimento è al solo magistrato del pubblico ministero, evidentemente perché la legge sulle indagini difensive, ossia la l. 397, è stata approvata solo nel dicembre 2000.

⁶⁰ *Relazione*, cit., 101; sul punto ampiamente, D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, 45 ss.

⁶¹ Le diverse opinioni in proposito sono efficacemente riassunte da G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., 173 ss.

⁶² A.A. DALIA- M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 548.

nel caso in cui egli ha già “consumato” il tempo a sua disposizione. La soluzione, pur apprezzabile, in quanto sottolinea l’inderogabilità dei tempi di durata massima delle indagini (profilo che la dottrina non tiene adeguatamente presente nella soluzione del problema delle indagini suppletive⁶³), non pare, tuttavia, garantire fino in fondo l’esigenza di un’adeguata preparazione difensiva dell’imputato, posto che comunque si finisce con il consentire, ipoteticamente, il compimento di atti d’indagine fino all’udienza preliminare. D’altra parte, quest’ultima è la soluzione che una parte della dottrina ritiene preferibile⁶⁴, sulla base del disposto dell’art. 421 comma 3 c.p.p. (discussione), secondo il quale le parti formulano ed illustrano le loro conclusioni utilizzando gli atti contenuti nel fascicolo trasmesso a norma dell’art. 416 c.p.p. *nonché gli atti ed i documenti ammessi dal giudice prima dell’udienza preliminare*. Ne consegue che il limite temporale all’attività d’indagine suppletiva e per il deposito dei relativi atti coincide con l’inizio della discussione, evitandosi in tal modo “una frattura o un momento di vuoto per le indagini o quanto meno d’inutilizzabilità dei relativi atti”⁶⁵, dal momento della

⁶³ Per la verità, un simile atteggiamento trova un qualche riscontro nella stessa *Relazione*, ove, come accennato, espressamente si dice che l’alternativa sarebbe stata quella di interdire ogni indagine dopo la scadenza del termine (si veda sopra). D’altra parte, in dottrina si è espressamente affermato che gli atti relativi all’attività d’indagine suppletiva “parrebbero utilizzabili pur se successivi alla chiusura delle indagini preliminari, giacché il divieto posto dall’art. 407 comma 3 c.p.p., opera solo quando il pubblico ministero non abbia esercitato l’azione penale” (A. FERRARO, *Il giudice dell’udienza preliminare*, *Cass. pen.* 1989, II, 1134).

⁶⁴ P. DELLA SALA, “*Brevi considerazioni sull’udienza preliminare*”, cit., 89; G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., 175 s.; S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminari*, cit., 72.

⁶⁵ S. RAMAJOLI, *loc. cit.*; nello stesso senso, F. CAMPAGNA, “*Udienza preliminare*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, I agg., Utet, Torino, 1992, 686.

ricezione dell'avviso della fissazione dell'udienza preliminare a quello dell'emissione del decreto che dispone il giudizio⁶⁶. Per inciso si può far presente che l'intera costruzione sarebbe destinata a crollare, nel momento in cui venisse meno il collegamento tra gli artt. 419 comma 3 e 421 comma 3 c.p.p., su cui essa in definitiva si fonda, collegamento contestato da chi ritiene che la seconda norma citata si riferisce solo alle parti private ed ai loro difensori, pur nella consapevolezza che essa, da un punto di vista testuale, non accenna alla benché minima distinzione tra le parti⁶⁷.

E'utile ricordare, poi, l'opinione che individua il limite ricavandolo dalla disciplina del procedimento in camera di consiglio e, nella specie, dall'art. 127 comma 2 c.p.p., in forza del quale possono essere depositate memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima dell'udienza⁶⁸. Una soluzione forse non particolarmente aderente al dato normativo, ma che si segnala per la particolare attenzione alla garanzia del contraddittorio e della piena *discovery*.

La Corte costituzionale, però, ha ritenuto di poter garantire tale esigenza per altra via. Il Giudice costituzionale, infatti, con la sent. n. 16 del 3 febbraio 1994, ha

⁶⁶ Un diverso orientamento aveva infatti individuato il limite invalicabile per il compimento di attività d'indagine suppletiva nel momento della ricezione dell'avviso della fissazione dell'udienza preliminare, con conseguente obbligo del magistrato del pubblico ministero di trasmettere immediatamente tutti gli atti relativi (O. DOMINIONI, "Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare", cit., 66 s.). Nello stesso senso anche, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 379. In giurisprudenza, Giudice per le indagini preliminari di Roma, 7 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1990, II, 170.

⁶⁷ A. MOLARI, "Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare", cit., 61; *contra*, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 361.

⁶⁸ S. VINCIGUERRA, "Il giudice dell'udienza preliminare", in *Quaderni del C.S.M.*, 1989, *Incontri studio sul nuovo codice di procedura penale*, n. 28, II, 278.

affermato che “l’impianto sistematico del codice di procedura penale, giustifica che non siano state apposte limitazioni temporali all’attività d’indagine del pubblico ministero, dopo la richiesta di rinvio a giudizio e fino all’udienza preliminare e che sia stato rimesso al giudice di regolare, ove non sia assicurata un’adeguata difesa, le modalità di svolgimento dell’udienza preliminare, anche attraverso congrui differimenti”⁶⁹. Quindi, affermato il *principio di continuità* tra indagini preliminari, indagini suppletive *ex art. 419 comma 3 c.p.p.* ed indagini integrative *ex art 430 c.p.p.*, la Corte ha ritenuto che spetti al giudice contemperare l’esigenza di celerità con la garanzia dell’effettività del contraddittorio. Rispetto all’orientamento della Corte, in dottrina però si è osservato che “il supplemento investigativo può essere effettuato anche oltre i limiti cronologici previsti per la durata massima delle indagini preliminari (art. 407 c.p.p.)”, che invece dovrebbe costituire il confine invalicabile, ancor prima di ogni considerazione in ordine al profilo funzionale dell’udienza preliminare.

Per concludere il discorso su questo delicato argomento, l’osservazione più pregnante sembra essere quella di chi individuava il fondamento dell’art. 419 comma 3 c.p.p. nella volontà di “impedire tattiche accusatorie magari decise a rinviare le indagini più delicate a dopo la richiesta di rinvio a giudizio, pur di cogliere l’imputato alla sprovvista nell’udienza preliminare”⁷⁰. Una conferma

⁶⁹ *Giur. it.*, 1994, 423.

⁷⁰ A. MOLARI, “*Lineamenti e problemi dell’udienza preliminare*”, cit., 61.

deriva anche dal fatto che, mentre nel progetto preliminare si faceva riferimento ad una generica *facoltà* del magistrato del pubblico ministero di trasmettere gli atti relativi alle indagini espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio, nel testo definito si è usato il termine *invito*. L'espressione, pur essendo stata definita “un vocabolo gentilmente eufemistico”⁷¹, sancisce un preciso obbligo del magistrato del pubblico ministero, che non può non trovare giustificazione nell'intento di impedire colpi di scena in udienza preliminare, che pongano l'altra parte di fronte a fatti assolutamente imprevisi e non conoscibili.

Sempre in tema di atti introduttivi, l'art. 419 comma 4 c.p.p. stabilisce che “gli avvisi sono comunicati e notificati almeno dieci giorni prima della data dell'udienza. Entro lo stesso termine, è notificata la citazione del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria”. I dieci giorni ai quali fa riferimento la norma devono intendersi “liberi”, il che vuol dire che non si computano né il *dies a quo* (quello in cui è avvenuta la notifica), né il *dies ad quem* (quello dell'udienza). La dottrina ha tuttavia unanimemente evidenziato la problematicità del rispetto di questo termine, per quanto concerne il responsabile civile. In effetti, il responsabile civile intanto può entrare nel processo (artt. 83 ss. c.p.p.), in quanto il danneggiato si sia costituito parte civile, chiedendo la citazione del responsabile civile, salvo il caso previsto dall'art. 77 comma 4 c.p.p., in riferimento all'azione civile esercitata dal magistrato del pubblico ministero,

⁷¹ G. FRIGO, “Udienza preliminare”, cit., 599.

nell'interesse del danneggiato incapace⁷². A fronte della richiesta della parte civile, la citazione del responsabile civile è disposta, dal giudice che procede, con decreto. Ciò detto, posto che la costituzione di parte civile può avvenire per l'udienza preliminare (art. 79 comma 1 c.p.p.) ma non prima, nel senso che la sua presenza è esclusa nel procedimento per le indagini preliminari, può accadere che il tempo non sia sufficiente per espletare tutti gli adempimenti previsti. Si è infatti detto che l'avviso della data dell'udienza preliminare deve essere notificato alla persona offesa *almeno* dieci giorni prima. Ora, se la notifica precede di un congruo termine il giorno fissato per la comparizione, allora non sorgeranno grossi problemi. La persona offesa che sia anche danneggiata, si potrà costituire parte civile per l'udienza preliminare e chiedere la citazione del responsabile civile. Il giudice provvederà con decreto, il quale sarà notificato al responsabile civile a cura della parte civile stessa (art. 83 comma 4 c.p.p.). Infine, il responsabile civile, a seguito della notifica della data dell'udienza preliminare, almeno dieci giorni prima, potrà intervenire nella stessa. Si è però rilevato che “quando l'avviso della fissazione dell'udienza preliminare sia notificato alla persona offesa a ridosso della scadenza del termine previsto dall'art. 419 comma 4 c.p.p., sarà estremamente difficile, se non impossibile”, adempiere tempestivamente ai successivi passaggi procedurali⁷³. Rispetto a questo dato di fatto, si era sostenuta l'impossibilità

⁷² E' utile ricordare che anche l'ipotesi dell'intervento volontario, *ex art. 85 c.p.p.*, presuppone la costituzione di parte civile.

⁷³ A. FERRARO, *Giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1134.

della citazione del responsabile civile, in caso di costituzione della parte civile per l'udienza preliminare, non avendo il codice previsto la possibilità del differimento della stessa, "in linea con la continuità e la speditezza dell'istituto"⁷⁴. Si prende tuttavia atto della diversa soluzione desumibile dall'orientamento della Corte costituzionale, che nella sentenza 16/94⁷⁵ ha escluso il carattere eccezionale e tassativo delle ipotesi di rinvio dell'udienza preliminare (per effetto dell'art. 19 della l. 479799, l'ipotesi è quella dei nuovi artt. 420 *bis* e *ter* c.p.p., che, per quanto in questa sede interessa, in buona sostanza riproducono il disposto del vecchio art. 420 comma 4 c.p.p., al quale, in quella sede, si era fatto riferimento), che sono quindi suscettibili di applicazione analogica, permettendosi in tal guisa la citazione del responsabile civile anche per questa fase⁷⁶. La dottrina ha ad ogni modo ritenuto che tali problemi non assumono rilevanza per l'ipotesi in cui sia il magistrato del pubblico ministero ad esercitare l'azione civile, *ex art. 77* comma 4 c.p.p., posto che, in tal caso, è ragionevole pensare che egli presenterà la richiesta di citazione del responsabile civile, contemporaneamente all'esercizio dell'azione penale, con il deposito della richiesta di rinvio a giudizio, così che non dovrebbero

⁷⁴ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 185.

⁷⁵ Si veda *retro*, pag. 146.

⁷⁶ Tale soluzione è anche sostenuta da A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 36, ritenendosi altrimenti la norma in questione costituzionalmente illegittima, *ex art. 24* comma 1 e 2 Cost.. Altri invece (A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'enciclopedia Italiana, fondata da G. Treccani, vol. XXXII, Roma, 1994, 2 s.), si limita semplicemente ad affermare che la notificazione alla persona offesa deve avvenire in un congruo termine, in modo che le sia consentito costituirsi parte civile e provvedere secondo quando sopra visto, senza indicare una soluzione per il caso in cui ciò non sia possibile.

sorgere problemi per i successivi adempimenti⁷⁷. La stessa conclusione vale per la citazione della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, che anch'essa avviene su richiesta del magistrato del pubblico ministero.

Occorre poi osservare che il problema si prospetta in una luce completamente diversa se si ammette, come fa la giurisprudenza⁷⁸, che la costituzione di parte civile possa avvenire anche nel corso del procedimento per le indagini preliminari, pur producendo effetto solo a partire dall'udienza preliminare. Tale opinione è però decisamente respinta da chi invece mette in evidenza che la costituzione di parte civile non solo presuppone il già avvenuto esercizio dell'azione penale, ma soprattutto richiede che ci sia “un giudice che procede, e tale certamente non è il giudice per le indagini preliminari, nella fase delle stesse”⁷⁹.

In conclusione, rinviando ad un momento successivo l'analisi dei commi 5 e 6 dell'art. 419 c.p.p., rimane solo da aggiungere che il comma 7 dello stesso articolo prevede che l'inosservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 4, in precedenza ampiamente analizzate, è causa di nullità. In verità, la norma assume una concreta rilevanza solo per la persona offesa, perché per gli altri soggetti valgono le regole generali in tema di nullità. In particolare, in forza dell'art. 178 lett. c) c.p.p.(nullità

⁷⁷ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 601 s.; in senso contrario, A. FERRARO, *Il giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1134, il quale ritiene che le difficoltà sopra accennate si presentino anche per il caso in questione, anche se attenuate, posto che il magistrato del pubblico ministero, “essendo ovviamente a conoscenza della data di deposito della richiesta di rinvio a giudizio, è in grado di accertare *motu proprio*, la data fissata per l'udienza preliminare”.

⁷⁸ Cassazione penale, sez. I, 19 novembre 1992, in *Riv. pen.*, 1993, 1118. Nello stesso senso anche, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 750.

⁷⁹ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 601.

di ordine generale), è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato e delle altre parti private. Per il magistrato del pubblico ministero e per il difensore dell'imputato⁸⁰, invece, valgono, rispettivamente, la previsione della lettera *b*), ed ancora lett. *c*) dello stesso articolo.

Su di un piano concretamente sanzionatorio, per quanto riguarda l'imputato, se è omesso l'avviso dell'udienza preliminare o è viziata la relativa notifica, si determina una nullità assoluta *ex art. 179 c.p.p.*, rilevabile quindi d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, in quanto insanabile. La stessa *Relazione*, infatti, ha equiparato l'ipotesi dell'omessa citazione, cui la norma fa testualmente riferimento, a quella dell'omesso avviso⁸¹ e la soluzione è generalmente accolta in dottrina⁸². Per quanto riguarda il magistrato del pubblico ministero ed il difensore dell'imputato, l'omesso avviso darà luogo ad una nullità di tipo intermedio, sottoposta al regime di cui all'art. 180 c.p.p, ossia rilevabile d'ufficio, ma non oltre la sentenza di primo grado. Se però l'omesso avviso al difensore ne determina l'assenza all'udienza preliminare, allora la nullità sarà assoluta, in quanto l'art. 179 comma 1 c.p.p. prevede tale nullità anche nell'ipotesi di assenza del difensore

⁸⁰ L'articolo 419 comma 7 c.p.p. non estende la comminatoria di nullità anche all'omesso avviso al magistrato del pubblico ministero ed al difensore (comma 2), ma tale nullità è generalmente ricavata proprio dalle norme generali in tema di nullità.

⁸¹ *Relazione*, cit., 57.

⁸² A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 39; G. FRIGO, "Udienza preliminare", cit., 603; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 360; id., "Udienza preliminare", cit., 524; G.M. ANCA, "Udienza preliminare", cit., 32.

dell'imputato, nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza. Si è anche sostenuto che la mancata comunicazione dell'avviso al magistrato del pubblico ministero determinerebbe anch'essa una nullità assoluta ed insanabile, in quanto investe l'iniziativa del magistrato del pubblico ministero, e quindi ricade nella previsione dell'art. 179 comma 1 c.p.p.⁸³. Il vizio riguardante le altre parti private viene invece costruito come un'ipotesi di nullità relativa, ai sensi dell'art. 181 comma 2 c.p.p., in quanto concernente gli atti dell'udienza preliminare e quindi, come tale, da eccepire prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere o del decreto che dispone il giudizio⁸⁴. Rimane, tuttavia, il dubbio che si tratti di nullità a regime intermedio, come pure altra parte della dottrina ha affermato⁸⁵. Infine, il mancato rispetto del termine di all'art. 419 comma 4 c.p.p. determina una nullità di tipo intermedio.

La disamina condotta consente in conclusione di dire che la disposizione dell'art. 419 comma 7 c.p.p. risulta decisiva solo per la persona offesa, posto che il vizio o l'omissione degli avvisi che la riguardano non può farsi rientrare in nessuna delle previsioni in tema di nullità, assoluta o a regime intermedio, in quanto l'art. 178 lett. c) c.p.p. fa ad essa riferimento solo per quanto riguarda la citazione in

⁸³ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit. 75; in senso contrario, A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", cit., 3.

⁸⁴ S. RAMAJOLI, *op. cit.*, 76.

⁸⁵ G.M. ANCA, "Udienza preliminare", cit., 32.

giudizio. Si tratta, pertanto, di nullità relativa, secondo lo schema dell'art. 181 c.p.p.

3.6 Modalità alternativa per l'introduzione dell'udienza preliminare.

Nel paragrafo precedente si è ampiamente discusso del deposito della richiesta di rinvio a giudizio e dei successivi adempimenti, in funzione dell'introduzione dell'udienza preliminare. Si deve ora precisare che quella in precedenza descritta, costituisce a tale scopo solo la via ordinaria, perché il codice contempla un diverso procedimento, che pur basandosi su diversi presupposti, permette ugualmente di giungere alla fissazione dell'udienza preliminare.

In effetti, l'art. 409 c.p.p. prevede che se il giudice non accoglie la richiesta di archiviazione del magistrato del pubblico ministero, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio (comma 1); se, a seguito dell'udienza, il giudice ritiene necessarie ulteriori indagini, fissa al magistrato del pubblico ministero un termine per il loro compimento, indicandogliele con ordinanza (comma 4). Infine, il comma 5 prevede che fuori dal caso di cui al comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Formulata l'imputazione, il giudice provvederà con decreto, entro due giorni, alla fissazione dell'udienza preliminare.

Detto della disciplina prevista dall'art. 409 c.p.p., occorre rilevare che la questione è molto meno semplice di quello che a prima vista potrebbe sembrare, perché non si tratta semplicemente di una diversa modalità di introduzione dell'udienza preliminare, che prescinde dalla richiesta di rinvio a giudizio del magistrato del pubblico ministero. Entrano in gioco, infatti, le stesse premesse sistematiche e l'impostazione accusatoria del nuovo processo penale, che una parte della dottrina ritiene intaccata dalla normativa citata.

Occorre però procedere per gradi.

Se il magistrato del pubblico ministero, terminate le indagini, presenta la richiesta d'archiviazione, questa può avere esiti diversi. L'ipotesi più semplice è che il giudice (per le indagini preliminari) condivida la valutazione del magistrato del pubblico ministero. In tal caso, egli dispone l'archiviazione con decreto motivato e gli restituisce gli atti (art. 410 comma 2 c.p.p.). Tuttavia, la richiesta d'archiviazione non è affatto vincolante per il giudice, il quale ben potrebbe, quindi, non condividerla. In questo caso, come accennato, sono previste due possibilità:

- a) il giudice dispone il compimento di ulteriori indagini;
- b) il giudice considera le indagini già svolte sufficienti per escludere che sussistano i presupposti per l'archiviazione, e quindi ordina al magistrato del pubblico ministero di formulare l'imputazione.

Entrambe queste determinazioni vengono adottate al termine di un'udienza in camera di consiglio, nel contraddittorio dei soggetti interessati, al contrario di quanto avviene nel caso precedente, dato che il decreto motivato con cui viene disposta l'archiviazione, è adottato *inaudita altera parte*. La procedura camerale potrebbe essere anche causata dalla persona offesa, la quale intende sollecitare un controllo giurisdizionale sulla richiesta d'archiviazione, ed a tale scopo fa ad essa opposizione (art. 410 c.p.p.). A seguito di tale opposizione il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio. Inoltre, va rilevato che pur se il giudice inizialmente ritiene di non poter disporre l'archiviazione, egli potrebbe convincersene proprio nel corso dell'udienza; in tal caso disporrà l'archiviazione con ordinanza.

Rispetto al quadro normativo così delineato, una parte della dottrina ha sollevato forti perplessità in ordine alle disposizioni di cui all'art. 409 commi 4 e 5 c.p.p. In particolare, si è parlato di una "accentuata disarmonia" rispetto alla struttura accusatoria del nuovo processo penale, dovuta all'ingerenza del giudice in un settore che "dovrebbe essere di esclusiva, quanto indiscutibile, pertinenza della parte pubblica"⁸⁶, ossia quello attinente all'esercizio dell'azione penale. Ne deriva, si dice, una chiara deriva inquisitoria, dovuta alla sconfezione della netta separazione di funzioni, tra magistrato del pubblico ministero, quale organo deputato allo svolgimento delle indagini necessarie per valutare se esercitare o

⁸⁶ G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel sistema accusatorio del nuovo codice di procedura penale*, *Leg. pen.*, 1989, 390 s.

meno l'azione penale, ed il giudice terzo, come organo di garanzia e di controllo sullo svolgimento delle indagini.

Per la verità, questa posizione drasticamente critica non è da tutti condivisa. In particolare, rispetto al potere del giudice di indicare al magistrato del pubblico ministero ulteriori indagini da compiere, si è osservato⁸⁷ che al giudice “non viene attribuito nessun potere di indagine *ex officio*, [...] o potere di impulso sul piano investigativo, ma solo il potere di indicare le indagini che il giudice ritiene necessarie per poter pronunciare una decisione”. Un potere, quindi, che si giustifica in funzione della completezza delle indagini preliminari⁸⁸. Tale posizione non è accolta da chi invece ritiene che il giudice, nell'indicare le nuove indagini, compie apprezzamenti sul merito delle investigazioni, che dovrebbero essere riservati al magistrato del pubblico ministero e che, invece, compiuti dal giudice, esprimono un'impronta inquisitoria⁸⁹.

Per quanto riguarda, invece, il comma 5 dell'art. 409 c.p.p., si è detto in dottrina che con esso il legislatore si è sforzato di dettare una soluzione in coerenza

⁸⁷ La stessa considerazione viene estesa anche all'ipotesi contemplata dall'art. 422 c.p.p., nella sua originaria formulazione, in merito al potere di indicare alle parti temi nuovi od incompleti in sede di udienza preliminare.

⁸⁸ V. GREVI, “Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari”, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, cit., 35.

⁸⁹ M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 1997, 106.

con il principio posto dall'art. 112 Cost. (obbligatorietà dell'azione penale)⁹⁰, stabilendo il potere del giudice di imporre al magistrato del pubblico ministero di formulare l'imputazione. Una soluzione, quindi, che si giustifica alla luce di questo principio fondamentale e, rispetto alla quale, passerebbe in secondo piano "una certa (sia pure inevitabile) forzatura nella fisiologia dei rapporti tra il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari"⁹¹. Con maggiore precisione, si è però escluso che in proposito si possa delineare un'anomalia del sistema in quanto, quello del giudice per le indagini preliminari che ordina di formulare l'imputazione, per poi fissare l'udienza preliminare, altro non è se non un "giudizio" sull'utilità del passaggio alla fase dibattimentale⁹². Si esclude, pertanto, l'esistenza in questo caso di una violazione del principio *ne procedat iudex ex officio*, "cardine di ogni sistema processuale ispirato a criteri di civiltà giuridica".

Meno fondatamente, altri ha ritenuto di poter escludere la violazione del principio, semplicemente in base al fatto che l'imputazione è pur sempre formulata dal magistrato del pubblico ministero, anche se egli vi è costretto dal giudice⁹³.

Proprio sulla base della considerazione che l'esercizio dell'azione penale

⁹⁰ Tale giustificazione è ritenuta assolutamente infondata da G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel sistema accusatorio del nuovo codice di procedura penale*, cit., 392, il quale afferma che "sembra logico pensare che l'obbligo dell'azione penale, presupponga quanto meno, l'apparente idoneità del fatto storico denunciato ad integrare gli estremi di qualche fattispecie prevista in una norma penale, per cui, se [...] la *notizia criminis* appare palesemente infondata, non si profila alcun obbligo di agire".

⁹¹ V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, cit., 36.

⁹² M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, cit., 106.

⁹³ In questo senso, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 96 s., 340 s.;

rimarrebbe appannaggio esclusivo del magistrato del pubblico ministero, si sono poi ritenuti superati i dissensi dottrinari sorti sotto la vigenza del codice Rocco, che vengono considerati “ingiustificati”⁹⁴, nonostante che la violazione del principio citato, in quel contesto, fosse ritenuta di tutta evidenza⁹⁵. Rispetto a tali singolari considerazioni, non ci si può non richiamare a chi ha acutamente osservato che il magistrato del pubblico ministero, solo formalmente dà inizio all’azione; “nella realtà, sarà stato il giudice a deciderlo”⁹⁶. L’eventuale disputa, quindi, può riguardare solo il senso da attribuire a questo dato di fatto.

3.7 *L’udienza preliminare: un diritto dell’imputato.*

Durante l’esame dell’art. 419 c.p.p., in precedenza compiuto, si è lasciata in sospeso la trattazione dei commi 5 e 6, dei quali invece è ora necessario occuparsi. Il tema, per la verità, presupporrebbe già affrontata e risolta una domanda fondamentale, che rozzamente si potrebbe esprimere in questi termini: *che cos’è o a cosa serve l’udienza preliminare?*

⁹⁴ R. BONSIGNORI, “Archiviazione”, Enciclopedia del diritto, I agg., Giuffrè, Milano, 1997, 125.

⁹⁵ Il riferimento è all’ipotesi in cui il giudice istruttore, non condividendo la richiesta d’archiviazione del magistrato del pubblico ministero, disponeva con ordinanza l’istruzione formale (G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 341).

⁹⁶ V. GREVI, *Nostalgie inquisitorie nel sistema accusatorio del nuovo codice di procedura penale*, cit., 392.

Tuttavia, una risposta analitica a questo quesito deve essere necessariamente rinviata ad un momento successivo, posto che essa implicherà complesse valutazioni in ordine all'incidenza dei più recenti interventi del legislatore, sull'originaria connotazione dell'istituto, mentre, fino ad ora, ci si è limitati ad esaminare la sola fase introduttiva, che è stata interessata solo da modifiche marginali. Se, in forza di queste considerazioni, si ritiene di dover procrastinare l'approfondita indagine sul profilo teleologico e funzionale dell'udienza preliminare, va tuttavia fin d'ora rilevato che essa è stata concepita dal legislatore del 1988, come una fase destinata al controllo sull'esercizio dell'azione penale, o, se si preferisce, come filtro delle imputazioni azzardate⁹⁷. L'obiettivo è quello di evitare che si apra un dibattimento a carico di un imputato, senza che ci siano elementi tali da far apparire come necessario il giudizio pubblico. A tal fine, la valutazione del magistrato del pubblico ministero che lo ha indotto ad esercitare l'azione penale, è sottoposta al controllo giurisdizionale.

Tale controllo risponde ad una duplice esigenza. Da un lato, evitare un inutile dispendio di tempo e di risorse per la struttura giudiziaria, impegnata in un giudizio fisiologicamente destinato a concludersi con un nulla di fatto e, ancor prima, risparmiare all'imputato il costo economico ed umano, inevitabilmente connesso alla celebrazione del pubblico dibattimento. Ne deriva che l'udienza preliminare

⁹⁷ Nel prosieguo dell'analisi si tratterà di capire se appunto questa continua ad essere la connotazione essenziale dell'udienza preliminare o se essa ha ormai assunto una diversa configurazione.

costituisce principalmente, ma non solo, un momento di garanzia e, quindi, un diritto dell'imputato.

Tale garanzia è tuttavia disponibile, nel senso che l'imputato può rinunciare ad essa, in forza appunto dell'art. 419 comma 5 c.p.p., e chiedere il giudizio immediato. L'imputato può esercitare la facoltà di rinuncia, con dichiarazione presentata in cancelleria personalmente o a mezzo di procuratore speciale, almeno tre giorni prima dell'udienza. Egli deve inoltre far notificare l'atto di rinuncia al magistrato del pubblico ministero ed alla persona offesa. Il comma 6 della medesima disposizione aggiunge che il giudice, nel caso previsto al comma precedente, emette decreto di giudizio immediato.

La disciplina in questione è stata valutata criticamente da una parte della dottrina che stigmatizza la pretesa disponibilità dell'interesse, su cui si fonda la possibilità della scelta del rito. Si sottolinea, infatti, che se l'udienza preliminare avesse unicamente una funzione di garanzia dell'imputato, nessuna perplessità potrebbe sorgere sulla possibilità che gli è riconosciuta di rinunciare al filtro da essa rappresentato. Poiché, invece, l'udienza preliminare ha anche un ruolo di tutela, per così dire, istituzionale, prevenendo l'intempestiva introduzione d'inutili e costosi dibattimenti, si esclude che l'interesse alla celebrazione dell'udienza stessa, nella fisiologia del sistema, sia davvero disponibile. La relativa facoltà concessa all'imputato, quindi, sarebbe frutto di una disattenzione del legislatore, che non ha valutato questa seconda funzione dell'udienza preliminare,

riconoscendogli un “diritto potestativo”, il cui esercizio può produrre gravi distorsioni applicative⁹⁸. Sulla scia di questa posizione, altri ha precisato che per effetto dell’art. 419 comma 5 c.p.p., l’imputato diventa arbitro assoluto dell’udienza preliminare, posto che egli può liberamente rinunciarvi. Ciò, oltre a contrastare con l’esigenza di economia processuale che spinge alla celebrazione del dibattimento solo quando ne sussistono le condizioni oggettive (restando comunque aperta, nel caso in cui l’udienza si concluda con sentenza di non luogo a procedere, la possibilità di riaprire la vicenda, grazie alla revoca della sentenza stessa), pregiudica anche la possibilità di “formulare l’accusa, specificando, migliorando i materiali grezzi dell’imputazione”. Ne risulta compromessa, quindi, l’altra connotazione fondamentale dell’udienza preliminare, accanto a quella di garanzia dell’imputato, ossia “la funzione superiore nell’interesse della società”⁹⁹.

Pur senza condividere tale posizione, si può tuttavia osservare che i presupposti su cui si fonda non sembrano del tutto peregrini, essendo difficilmente contestabile che l’udienza preliminare non può svolgere solo ed in via esclusiva una funzione di garanzia dell’imputato.

⁹⁸In questo senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 781, il quale icasticamente afferma: “supponiamo che, opposto a qualche ferratissimo delinquente, il pubblico ministero agisca con armi inadeguate (fosse cauto, indagherebbe ancora); così esilmente toccato, al dibattimento costui finirebbe assolto; ovvio che schivi udienza preliminare e non luogo a procedere, puntando alla decisione di merito, con i relativi effetti preclusivi”; id., *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1992, 500;

⁹⁹ G.M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, cit., 33.

Del resto, in dottrina si è evidenziata la necessità che “il giudice si faccia carico di evitare che si celebrino inutili dibattimenti, con grave pregiudizio per la persona destinataria di accuse azzardate e con antieconomico dispendio di energie”¹⁰⁰, così confermandosi la natura polivalente dell’udienza preliminare. Ciò sembra segnalare la necessità di un intervento legislativo, che possa adeguatamente contemperare le due esigenze, in modo da superare le critiche che in dottrina sono state avanzate in ordine alla rinunciabilità della garanzia.

In ogni caso, la posizione citata non sembra trovare consensi in dottrina. Generalmente, infatti, ci si limita semplicemente a sottolineare che la rinunciabilità dell’udienza preliminare risponde alla tradizione degli ordinamenti di *common law*, ove l’udienza preliminare si configura appunto come un diritto o una garanzia per l’imputato, pacificamente considerata disponibile. A tale tradizione si è ispirato l’art. 419 comma 5 c.p.p.¹⁰¹.

Il vero problema, però, consiste nel verificare quali sono le motivazioni che possono spingere l’imputato a rinunciare all’udienza preliminare. A tale determinazione potrebbe indurlo, innanzi tutto, l’esigenza di non scoprire le proprie carte in vista del dibattimento, il che certamente solleciterebbe il magistrato del pubblico ministero a svolgere, nella fase che va dal rinvio a giudizio al

¹⁰⁰ V. PERCHINUNNO, “*Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all’azione penale*”, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, Milano, 1996, 80.

¹⁰¹ A. MOLARI, “*Lineamenti e problemi dell’udienza preliminare*”, cit., 58; G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., 141.

dibattimento, ulteriori indagini in tale direzione, per ottenere eventualmente elementi di segno contrario.

D'altra parte, potrebbe anche accadere che gli elementi raccolti dal magistrato del pubblico ministero, siano tali da far fondatamente ritenere scontato il rinvio a giudizio. In dottrina si è sostenuto che l'imputato, in tal caso, e più in generale quando egli non dispone di una prova decisiva per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, avrebbe interesse ad evitare l'udienza preliminare, perché "presentarsi al giudizio a seguito di una richiesta del magistrato del pubblico ministero – verificata, sì, dal giudice, ma non nel contraddittorio delle parti - è cosa ben diversa dal pervenirvi per effetto del decreto conclusivo dell'udienza preliminare" [...], posto che "la posizione accusatoria è sicuramente rafforzata da una valutazione dell'organo giurisdizionale che all'esito dell'udienza [...] riscontri l'accusa sostenibile in dibattimento"¹⁰². Pertanto, la scelta dell'imputato di saltare l'udienza preliminare, in questo contesto, serve per evitare una sorta di pre-giudizio che il giudice dibattimentale si potrebbe formare, proprio in virtù del solo fatto del rinvio a giudizio. L'opinione, per la verità, rispecchia una preoccupazione più che legittima, che, però, ove dovesse trovare un concreto riscontro, manifesterebbe un'involuzione patologica, in grado di mettere in discussione il presupposto stesso del sistema processuale, fondato sulla separazione delle fasi. Non si può tuttavia

¹⁰² A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, 560 s.; A.A. DALIA, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. DALIA, Jovene, Napoli, 1989, 243; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Giappichelli, Torino, 1995, 638.

nascondere che i nuovi poteri istruttori del giudice per le indagini preliminari¹⁰³, potrebbero indurre l'imputato a ritenere suo interesse fare a meno dell'udienza preliminare, in modo da "evitare che l'accusa assuma una consistenza maggiore rispetto a quella che le hanno saputo conferire le indagini preliminari"¹⁰⁴. Del resto, in tempi non sospetti, si era messo in evidenza che anche se il giudice del dibattimento deve formare il suo giudizio, almeno in linea di principio, esclusivamente in base alle prove formate in dibattimento, è realisticamente difficile non riconoscere la forza condizionante espressa dal *fumus boni iuris* del provvedimento che dispone il giudizio¹⁰⁵. La tesi è tuttavia stata contrastata da chi ha affermato che la pratica giudiziaria ha dimostrato l'inconsistenza di tali preoccupazioni, in quanto i giudici "hanno tentato di rispondere alle attese legislative volte ad evitare che la decisione sul rinvio a giudizio si trasformasse in una valutazione anticipata sulla colpevolezza dell'imputato"¹⁰⁶.

¹⁰³ In proposito, ampiamente, più avanti.

¹⁰⁴ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 473 s.

¹⁰⁵ A. MOLARI, "Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare", cit., 58; nello stesso senso anche, S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 73. In dottrina si è anche detto che l'effetto pregiudizievole è accentuato dal fatto che "il rinvio a giudizio viene decretato quasi automaticamente dal giudice dell'udienza preliminare che non ritiene di prendersi la responsabilità di far cessare il processo in udienza preliminare, pensando che magari in dibattimento possano saltar fuori od emergere prove tali da ribaltare la situazione, in senso negativo per l'imputato" (G.M. ANCA, "Udienza preliminare", cit. 32). Di "automatismo verso il dibattimento" parla anche, C. TAORMINA, "L'udienza preliminare tra carenze normative e distorsioni applicative", in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del convegno di Urbino, cit., 158 s. Altri osserva poi che fuorviante è il nome stesso dell'istituto. Infatti, l'aggettivazione "preliminare" induce spesso il giudice a ritenere "normale" che l'udienza, proprio perché preliminare, sia seguita da ulteriori attività, e quindi, a considerare come ipotesi del tutto eccezionale la chiusura del processo in quella sede (G. CONSO, "Conclusioni", cit., 185; id., *Conclusioni di un dibattito dell'udienza preliminare*, 70).

¹⁰⁶ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 148.

Un'altra motivazione che potrebbe indurre l'imputato a chiedere il giudizio immediato, può poi essere costituita dal fatto che una volta presa visione del fascicolo depositato *ex art. 416 c.p.p.*, egli ritenga inconsistenti gli elementi a suo carico e, pertanto, confidando nel proscioglimento, preferisca l'immediato svolgimento del dibattimento, sia per ragioni di tutela dell'onorabilità e dell'immagine, che un'assoluzione pubblica meglio garantisce, sia per l'effetto preclusivo derivante da una tale sentenza, posto che invece la sentenza di non luogo a procedere non fa stato nel giudizio civile, ed è eventualmente soggetta a revoca. Analoghe considerazioni potrebbero farsi per il caso in cui egli disponga di fonti di prova determinati per l'assoluzione.

Come si è già accennato, l'atto con cui l'imputato rinuncia all'udienza preliminare e chiede il giudizio immediato, deve essere presentato dallo stesso, personalmente o a mezzo di un procuratore speciale. E' escluso, quindi, che in tal senso possa agire direttamente il difensore, concretizzandosi così una delle eccezioni a cui rinvia l'art. 99 comma 1 c.p.p., secondo il quale al difensore competono le facoltà e di diritti spettanti all'imputato, *a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo*. Naturalmente, la norma vale in termini di legittimazione formale, perché poi, su di un piano sostanziale, pur non potendosi escluderlo, è difficile immaginare che l'azione dell'imputato non sia guidata e consigliata dal difensore. L'atto di rinuncia, poi, oltre ad essere riservato personalmente all'imputato, è unilaterale, posto che non è necessario il consenso

del magistrato del pubblico ministero, anche se, come detto, questi, unitamente alla persona offesa, deve essere informato della rinuncia, tramite notifica.

Una volta presentata la richiesta, il giudice non potrà fare altro che disporre il giudizio immediato. Assolutamente chiaro in tal senso è il comma 6 dell'art. 419 c.p.p. E' escluso, quindi, che il giudice possa compiere qualsiasi tipo di valutazione sul merito della richiesta, potendo egli solo controllare il rispetto degli adempimenti previsti dal comma 5. In particolare, non assume rilevanza il requisito dell'evidenza probatoria di cui all'art. 453 comma 1 c.p.p., previsto per il giudizio immediato richiesto dal magistrato del pubblico ministero. Tuttavia, nonostante che dalla formulazione dell'art. 419 comma 6 c.p.p. appaia manifesto che il giudice non ha alternative, dovendo egli necessariamente disporre il giudizio immediato¹⁰⁷, salva la riserva di cui sopra, in giurisprudenza si è sostenuto che il rito immediato esige il presupposto dell'evidenza probatoria anche quando la richiesta sia avanzata dall'imputato e non dal magistrato del pubblico ministero, considerandosi "aberrante" l'idea che il giudice possa essere vincolato nel disporre il giudizio immediato, per la sola determinazione dell'imputato¹⁰⁸. Tale posizione si fonda sulla dichiarata volontà di salvaguardare quello che pure si è condiviso essere uno

¹⁰⁷ In tal senso è pressoché unanime la dottrina. Tra gli altri, G. ILLUMINATI, "Il giudizio immediato", in AA.VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Atti del convegno di Salerno, 30 settembre - 2 ottobre 1988, Giuffrè, Milano, 1990, 139; P. DELLA SALA, "Brevi considerazioni sull'udienza preliminare", cit., 93; G. FRIGO, "Udienza preliminare" cit., 609; O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 69; G.M. ANCA, "Udienza preliminare", cit., 32; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 444.

¹⁰⁸ In tal senso, il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Foggia, in data 18 aprile 1990. In proposito, *Cass. pen.*, 1991, II, 54.

degli obiettivi dell'udienza preliminare, ossia la prevenzione di un intempestivo dibattimento, "che risentirebbe dei condizionamenti dovuti ad un *iter* processuale non fisiologico nei tempi"¹⁰⁹. L'orientamento, quindi, non si sa quanto consapevolmente, in qualche modo risponde all'esigenza che altri, come visto, autorevolmente aveva segnalato. Non pare, tuttavia, che esso s'ispiri al contemperamento dei diversi interessi che l'udienza preliminare dovrebbe soddisfare, derivandone solo un pregiudizio per l'imputato, posto che il suo diritto di rinunciare all'udienza viene ad essere subordinato alla valutazione giurisdizionale sull'evidenza della prova. Se questo fosse veramente il presupposto del giudizio immediato, anche se richiesto dall'imputato, ne verrebbe inesorabilmente compromesso il suo interesse a chiedere tale rito, per esempio nel caso in cui egli, come visto, avendo contezza dell'insufficienza degli elementi a suo carico, volesse arrivare subito al giudizio dibattimentale, per ottenere una facile assoluzione. In ogni caso, come detto, l'opinione non è condivisa dalla dottrina, che considera la rinuncia all'udienza preliminare come una valutazione insindacabile che attiene alla strategia difensiva, così che il giudice non può fare altro che prenderne atto¹¹⁰. In senso conforme, la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità proposta sull'art. 419 comma 6 c.p.p.,

¹⁰⁹ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 134.

¹¹⁰ A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 561 s. Severamente critico rispetto alla citata decisione, C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, cit., 639, il quale afferma che "di aberrante vi è solo l'originale tesi, la quale integra un'autentica ribellione alla previsione di legge, dovuta all'incomprensione di un meccanismo, certo discutibile, ma non travalicabile dall'interprete".

affermando che “l’udienza preliminare assolve *soprattutto*, ed anzi per quanto concerne la posizione delle parti, esclusivamente, alla funzione di garanzia dell’imputato [...]”; ne deriva che “la richiesta di giudizio immediato da parte dell’imputato, in quanto si sostanzia nella rinuncia a detta garanzia, si configura quale scelta libera ed insindacabile”¹¹¹. Per parte sua, la Corte di cassazione ha chiarito che il giudizio immediato su richiesta dell’imputato si differenzia da quello richiesto dal magistrato del pubblico ministero, poiché, diversamente da questo, non esige particolari condizioni, ma si basa unicamente sulla richiesta stessa, cui di regola segue *ex art.* 419 comma 6 c.p.p., il decreto che dispone il giudizio immediato¹¹².

3.8 Le funzioni dell’udienza preliminare: filtro delle imputazioni azzardate.

L’indagine fino ad ora compiuta, nell’affrontare la disciplina dell’udienza preliminare, ha preso in considerazione la sola fase introduttiva dell’udienza stessa, mentre il profilo funzionale è stato vagliato in maniera assolutamente marginale. E’ finalmente giunto, quindi, il momento di approfondire quest’aspetto. A tal fine, tuttavia, è necessario un esame comparato del vecchio e del nuovo regime che permetta non solo di vagliare lo *status quo*, ma anche di valutare l’istituto in una

¹¹¹ Corte cost., ord. 234 del 30 maggio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, II, 712; anche, *Giur. cost.*, 1991, 2005.

¹¹² Cassazione penale, sez. V, 19 giugno 1995, n. 1740, in *Cass. Pen.*, 1997, 3484.

prospettiva dinamica, verificando l'incidenza della recente legislazione di riforma del codice di procedura penale. La complessità dell'argomento rende però opportuna una breve guida, una tavola programmatica, che consenta di seguire meglio il progredire del discorso e, quindi, anche di comprenderne l'ispirazione sistematica.

Coerenza logica e metodologica richiede che si affronti prima lo studio delle funzioni che comunemente venivano assegnate all'udienza preliminare secondo la disciplina antecedente alla legge 479/99. In via successiva, dopo aver ripercorso l'*iter* della riforma ed analizzato le diverse soluzioni che nel corso dello stesso si sono affacciate, si passerà ad esaminare l'assetto attuale dell'istituto, per poi verificare in che modo la nuova disciplina ha innovato l'aspetto funzionale. Queste, quindi, le linee di sviluppo del lavoro che, conclusivamente, porteranno ad esaminare l'altro punto centrale di questo studio, ossia la funzione del processo, come presupposto ed al tempo stesso effetto del profilo funzionale dell'udienza preliminare.

Assumendo come primo oggetto d'indagine l'assetto originario dell'istituto, così come delineato dalla disciplina vigente prima della l. 479/99, le funzioni dell'udienza preliminare si possono riassumere nella coppia *filtro- garanzia*.

L'udienza preliminare, innanzi tutto, si configura come filtro delle imputazioni azzardate¹¹³. Si tratta, in altri termini, del controllo sul corretto esercizio

¹¹³ E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2173.

dell'azione penale, necessario per verificare “che l'imputazione formulata dal magistrato del pubblico ministero sia corredata dal sostegno probatorio necessario a giustificare che l'imputato sia portato a giudizio pubblico, e vi sia una fondata prospettiva di condanna”¹¹⁴. Il giudice, quindi, esprime una *valutazione di consistenza dell'accusa*¹¹⁵, in funzione dell'introduzione o meno del dibattimento, e non compie un accertamento sulla responsabilità dell'imputato, compito questo, riservato al giudice dibattimentale. Oggetto di tale controllo sono, evidentemente, i risultati delle indagini preliminari del magistrato del pubblico ministero. Secondo quanto affermato nella *Relazione*, “il controllo giurisdizionale volto a deliberare il fondamento dell'accusa, non si traduce in un intervento così penetrante da assumere compiti di supplenza rispetto alle lacune nei risultati delle indagini [...]”, posto che “è negato qualsiasi potere d'iniziativa nella raccolta della prova, anche quello residuale e suppletivo che viene riconosciuto al giudice del dibattimento”¹¹⁶ dall'art. 507 c.p.p. L'obiettivo dichiarato è quello di evitare la rinascita di una vera e propria fase istruttoria, prima del giudizio.

Si ritornerà più avanti sul punto, dato che esso coinvolge più direttamente un altro aspetto dell'udienza preliminare, come prima attuazione del diritto alla prova.

¹¹⁴ O. DOMINIONI, “Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare”, cit., 69.

¹¹⁵ O. DOMINIONI, “Udienza preliminare”, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, n. 20, 119.

¹¹⁶ *Relazione*, cit., 101; sul punto, G. LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1991, 1078; id., in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del convegno di Urbino, cit., 17; id., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1997, 338; id., “Il diritto di difesa nell'udienza preliminare”, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, Milano, 1997, 131.

In questa sede, invece, ciò che interessa è verificare l'adeguatezza dell'istituto rispetto alla funzione di filtro, sempre assumendo ad oggetto di studio l'assetto vigente prima della riforma. In premessa, è utile ricordare che in dottrina, si è ravvisato nell'art. 24 comma 2 Cost. – secondo il quale “la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento” - il fondamento e la giustificazione del controllo sull'esercizio dell'azione penale. Un ulteriore supporto costituzionale è stato poi individuato nell'art. 27 comma 2 Cost., vale a dire la presunzione di non colpevolezza¹¹⁷. In una prospettiva comparatistica, invece, si è rilevato che il controllo del giudice in funzione di filtro per la fase del giudizio, può essere considerato come una delle caratteristiche decisive per annoverare il rito tra quelli che s'ispirano al modello accusatorio¹¹⁸. In particolare, si è osservato che gli *examining justices* (giudici istruttori), nel processo inglese, “esaminano il materiale prodotto e decidono se ci sono le prove sufficienti per il rinvio a giudizio, e cioè prove tali che, se non fossero inficcate o contraddette in dibattimento, una giuria potrebbe ragionevolmente condannare su di esse”¹¹⁹. Nel processo nordamericano poi, l'organo dell'accusa deve dimostrare nell'udienza preliminare

¹¹⁷ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 140 s.. In dottrina si è anche affermato che “l'ideologia del controllo sull'azione come strumento indispensabile del processo accusatorio, nasce già con la sent. 117/68 della Corte costituzionale” (T. BENE, “*La sentenza di non luogo a procedere*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, coordinati da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di L. KALB, Giuffrè, Milano, 2000, 440 s.).

¹¹⁸ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 566, A. MOLARI, “*Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare*”, cit., 55.

¹¹⁹ I. CALAMANDREI, “*L'udienza preliminare nel processo inglese*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del convegno di Perugia, 14 – 15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, 271.

(*pleliminary hearing*) che sussiste “una prova sufficiente a far sì che una persona media concluda che l’imputato è colpevole per il reato addebitatogli”¹²⁰. Trova quindi fondamento l’affermazione che nei sistemi di *common law* l’udienza preliminare svolge una funzione di filtro delle imputazioni azzardate¹²¹.

Per quanto riguarda il codice di procedura penale italiano, l’art. 425 comma 1 c.p.p., nella sua versione originaria, prevedeva che il giudice (dell’udienza preliminare) dovesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere “se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l’azione non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto come reato, ovvero quando risulta *evidente* che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso, o che si tratta di persona *non imputabile* o non punibile per qualsiasi altra causa”. Rispetto alla norma così formulata, la dottrina non mancò di rilevare che, *per la valutazione del fatto*, operava una “regola di giudizio esattamente inversa a quella prevista nei processi di *common law*”¹²², posto che nell’ambito di questi ultimi è onere dell’organo dell’accusa addurre tutti gli elementi sufficienti per ottenere il rinvio a giudizio, mentre secondo l’art. 425 c.p.p., perché il giudice possa pronunciare sentenza di non luogo a procedere, deve risultare evidente che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso.

¹²⁰ V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, 93; anche, A. NAPPI, *Profili dell’udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 515; id., “*Udienza preliminare*”, cit., 520

¹²¹ E. AMODIO, *L’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2173.

¹²² A. NAPPI, *loc. cit.*

Ciò riconosciuto, la norma fu tuttavia oggetto di valutazioni profondamente contrastanti¹²³.

Un primo ordine di difficoltà nasceva a causa del fatto che il requisito dell'evidenza non era espressamente previsto per tutte le ipotesi contemplate dall'art. 425 c.p.p. In dottrina si era affermato che per ragioni di omogeneità, il requisito dell'evidenza avrebbe dovuto essere esteso a ciascuno dei presupposti della sentenza di non luogo a procedere, non essendovi una giustificazione per un regime differenziato¹²⁴. L'opposta tesi, invece, riteneva che nel caso di estinzione del reato, così come in quello in cui l'azione non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita o ancora quando il fatto è penalmente irrilevante, si tratta di valutazioni *in iure*, e quindi di giudizi in termini strettamente giuridici, che in quanto tali non si prestano ad una qualificazione in termini di evidenza. Si affermava, infatti, che “un giudizio implicante valutazioni essenzialmente tecniche, non può mai presupporre un'evidenza delle condizioni necessarie alla sua applicazione o, in qualche misura, la deve presupporre sempre, essendo in esso

¹²³ In dottrina si è affermato che “l'aggettivo *evidente* ebbe a costituire il Capo Horn di tutte le discordie tecnico - giuridiche ed ermeneutiche oltre che sintattiche che ne sono scaturite [...], perché tale aggettivo veniva a trovarsi in netto ed aperto contrasto con tutto quanto era stato scritto intorno all'importanza e caratteristica essenziale dell'udienza preliminare, che doveva addirittura costituire il magico filtro, con una precipua funzione decongestionante” (R. LI VECCHI, *L'udienza preliminare e problematiche dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 1994, II, 358).

¹²⁴ P. MALINVERNI, “*La sentenza di non luogo a procede ed il problema della prova*”, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del convegno di Urbino, cit., 146; id., *Giust. pen.*, 1992, III, 193, secondo cui “l'accertamento dei fatti storici, siano essi costitutivi di reati o di cause di giustificazione o di circostanze e altri dati rilevanti per il diritto sostanziale o processuale, costituisce la prima fase dell'indagine. Non esiste una ragione per cui un determinato livello di certezza e di spicco della prova sia richiesto per certi presupposti e non per altri, quando tutti hanno lo stesso effetto di giustificare la sentenza di non luogo a procedere”.

necessariamente compresa”¹²⁵. La questione di maggiore rilevanza, tuttavia, era quella dell’interpretazione corretta della regola di giudizio espressa dall’art. 425 c.p.p., ossia del criterio dell’evidenza. Anche sotto questo profilo, profondi furono i contrasti.

La norma, già ad un primo esame, appariva non coerente rispetto alla funzione di filtro, ossia rispetto alla volontà del legislatore di ridurre al minimo il numero di processi da portare al dibattimento. Esplicita in tal senso era stata la *Relazione*, ove si poteva leggere che l’udienza preliminare, secondo la volontà del legislatore delegante, rispondeva oltre che ad una funzione di garanzia dell’imputato, ad un’esigenza di economia processuale, e ciò in piena sintonia con quanto emerso nel corso dei lavori parlamentari, ove si espresse l’intento di predisporre uno strumento di filtro alle richieste di dibattimento avanzate dal magistrato del pubblico ministero¹²⁶.

Tale essendo la *ratio* dell’udienza preliminare, assolutamente distonica rispetto ad essa si presentava la formulazione dell’art. 425 c.p.p. Si osservò, infatti, che “se il giudice può arrestare il processo solo in presenza di un’imputazione manifestamente infondata, è fin troppo facile prevedere che egli sarà chiamato di regola a disporre il rinvio a giudizio”¹²⁷. Tuttavia, secondo parte della dottrina, si

¹²⁵ In tal senso, A. MANFREDI, *I presupposti della sentenza di non luogo a procedere ed il concetto di evidenza probatoria di cui all’art. 425 c.p.p. L’alternativa all’abolizione o facoltatività dell’udienza preliminare*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 649.

¹²⁶ *Relazione*, cit., 101.

¹²⁷ A. MACCHIA, “*L’udienza preliminare*”, cit., 38.

trattava di una contraddizione solo apparente, trovando la scelta legislativa piena giustificazione nell'esigenza di impedire al giudice dell'udienza preliminare una piena valutazione nel merito, in quanto "una predelibazione a tutto campo, effettuata da un giudice che conosce gli atti d'indagine, avrebbe ineluttabilmente funto da suggestione per il giudice del dibattimento, che di questi atti, invece, poco o nulla sa"¹²⁸. L'effetto era però che l'udienza preliminare non poteva fungere da filtro, se non a maglie assai larghe, posto che solo in presenza di imputazioni palesemente infondate o irragionevoli, il giudice avrebbe potuto pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Si opinava, tuttavia, che tale conseguenza fosse inevitabile, per evitare "che la mediazione del giudice dell'udienza preliminare si trasformi in un pregiudizio per il giudice del dibattimento"¹²⁹, e, quindi, per salvaguardare l'ispirazione accusatoria del sistema, cui la disciplina in questione s'informava. Tali considerazioni erano tuttavia contestate da chi osservava che un'approfondita valutazione nel merito, espressa attraverso un giudizio di tipo prognostico, in ordine all'idoneità degli elementi addotti a sostegno dell'imputazione ad avere adeguati sviluppi probatori in sede dibattimentale, non

¹²⁸ A. MACCHIA, "L'udienza preliminare", cit., 40; A. NAPPI, *Profili dell'udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 516; id., "Udienza preliminare", cit., 521. Altri osservò come fosse assolutamente coerente con il compito che il legislatore aveva assegnato al giudice dell'udienza preliminare, il fatto che il rinvio a giudizio fosse l'esito ordinario dell'udienza preliminare [L. BRESCIANI, "Giudice per le indagini preliminari", *Digesto (disc. pen.)*, V, Utet, Torino, 1991, 485]

¹²⁹ G. FRIGO, "Udienza preliminare", cit., 579.

avrebbe in nessun caso potuto influenzare il giudice competente per questa fase, attesa la diversità dei criteri di valutazione per essa previsti¹³⁰.

Altra parte della dottrina rilevò che il criterio dell'evidenza probatoria finiva con il ridurre l'udienza preliminare ad una mera funzione di transito o di smistamento, mentre il giudice diveniva un "mero passacarte"¹³¹. Ciò in palese violazione del principio di economia processuale e di deflazione, dato che si consentiva il rinvio a giudizio nonostante la superfluità del dibattimento¹³². Più in particolare, la dottrina evidenziava l'incompatibilità tra l'art. 425 c.p.p. e la regola di giudizio stabilita in tema d'archiviazione, secondo il combinato disposto degli art. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.¹³³

Le critiche s'indirizzavano in modo particolare verso l'asserita esistenza di una *presunzione di necessità del giudizio*¹³⁴, ritenuta tipica del processo accusatorio,

¹³⁰ A. MANFREDI, *op. cit.*, 651.

¹³¹ G.D. PISAPIA, "Introduzione", in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, cit., 11; A. GALATI, "L'udienza preliminare", in AA.VV., *Diritto processuale penale*, II, Giuffrè, Milano, 1996, 207; M. KROGH, *Art. 425 c.p.p.: sulla nozione di evidenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, I, 350.

¹³² Si osservò, infatti, che "se si manda a giudizio l'imputato anche quando dagli atti non vi sia nulla contro di lui, a soffrirne non è unicamente quest'imputato, che vede il processo trasformarsi in pena, con un dibattimento pubblico a suo carico e tutto quel che vi si accompagna, ma anche, ed ancor di più, l'amministrazione giudiziaria" (G. CONSO, *Conclusioni di un dibattito sull'udienza preliminare*, cit., 70; id., "Conclusioni", cit., 186).

¹³³ L'art. 408 c.p.p. prevede che "[...] il pubblico ministero quando la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta d'archiviazione". A sua volta, l'art. 125 disp. att. c.p.p. specifica che "il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta d'archiviazione quando ritiene infondata la notizia di reato perché gli elementi raccolti non sono idonei a sostenere l'accusa in dibattimento".

¹³⁴ A. NAPPI, *loc. cit.*; M. BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 309 s., il quale discorreva di un contemperamento tra il principio per cui l'esercizio dell'azione penale è rimesso solo al magistrato del pubblico ministero, e l'esigenza di assicurare un filtro per le imputazioni azzardate. A tale funzione rispondeva il criterio dell'evidenza.

sulla base del presupposto che è compito del magistrato del pubblico ministero selezionare le notizie di reato infondate¹³⁵. Per cui, “mentre il magistrato del pubblico ministero dovrà richiedere l’archiviazione anche nelle ipotesi in cui ritenga insufficiente la prova della colpevolezza dell’imputato, il giudice dell’udienza preliminare può decidere il non luogo a procedere soltanto quando l’accusa sia palesemente infondata”. Ne derivava che il rapporto tra le due fattispecie processuali, era segnato da un vero e proprio “capovolgimento della regola di giudizio”. A fronte della prevedibile obiezione che, in tal modo, la regola di giudizio prevista per l’udienza preliminare avrebbe comportato una violazione della presunzione di non colpevolezza di cui all’art. 27 Cost., si affermava che in realtà tale principio non assumeva alcuna rilevanza nell’udienza preliminare, perché in questa si realizzava un giudizio non di merito, ma di rito. Tale opinione era però stigmatizzata da chi affermava che si trattava di un tentativo di “normalizzare una contraddizione che è *in re ipsa*”, fondato su un errato presupposto, in quanto il magistrato del pubblico ministero non ha alcun potere di selezione delle notizie di reato infondate. Egli ha solo un potere d’iniziativa in ordine all’esercizio o meno dell’azione penale, ma non un potere decisionale, che è

¹³⁵ In tal senso anche, A. MACCHIA, “L’udienza preliminare” cit., 40.

riservato all'organo giurisdizionale¹³⁶. Di qui la necessità di sottoporre la valutazione in prima battuta del magistrato del pubblico ministero, alla verifica del giudice dell'udienza preliminare, la cui regola di giudizio non può non essere coordinata con il disposto degli art. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., i quali, sebbene siano letteralmente riferiti al solo organo dell'accusa, sono perfettamente adattabili anche al giudice dell'udienza preliminare¹³⁷. In caso contrario, ne derivava l'assurdo di dover ritenere che il giudice dell'udienza preliminare dovesse emettere il decreto che dispone il giudizio, pur quando egli, se il magistrato del pubblico ministero gli avesse presentato la relativa richiesta, avrebbe disposto l'archiviazione¹³⁸. Altri, respinse con decisione questa supposta presunzione di necessità del giudizio, sottolineandone il palese contrasto con la presunzione di non colpevolezza, che rileva in ogni stato e grado del procedimento, contrasto che invece si era voluto escludere. Si aggiunse che “in tal modo si esaspera il concetto, valido in generale, che la prova si assume solo al dibattimento, e si ottiene il

¹³⁶ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 236 ss. Inoltre, efficacemente in dottrina si rilevò, in merito all'art. 125 disp. att. c.p.p., l'insostenibilità dell'utilizzazione “di un così preciso riferimento [...] solo nel contesto dell'archiviazione, quando appare ancor più attinente al momento istituzionalmente deputato alla verifica dell'imputazione. Ecco quindi che l'espressione *quando risulta evidente*...contenuta nell'art. 425 c.p.p., assume una valenza diversa, dovendosi, prima ancora dell'evidenza delle condizioni indicate nell'art. 425 c.p.p., valutare la fondatezza della notizia, sulla base dell'idoneità a sostenere l'accusa degli elementi acquisiti nelle indagini” (D. BIELLI, *Natura e funzioni dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 1991, 270).

¹³⁷ A. GALATI, *“L'udienza preliminare”*, cit., 208; nello stesso senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit. 828.

¹³⁸ In questo senso anche, A. GALATI, *“Le ulteriori informazioni ed i criteri decisori nell'udienza preliminare”*, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, cit., 114 s.

risultato, del tutto negativo, di ridurre al massimo, fino quasi a vanificarla, la funzione di filtro”¹³⁹.

In questo clima di aspre polemiche maturò forse il più apprezzabile tentativo di fornire un’interpretazione sistematica dell’art. 425 c.p.p., tentativo tenacemente sostenuto in più sedi da autorevole dottrina¹⁴⁰.

Conviene pertanto dedicarvi qualche breve considerazione, in continuità e ad ulteriore specificazione dei rilievi appena espressi.

Sul presupposto che l’art. 125 disp. att. c.p.p. giustificava l’archiviazione sia nell’ipotesi di prova dell’insussistenza del fatto o della non commissione *ecc.*, sia nel caso di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova in senso contrario, si cercava di ricondurre la regola di giudizio dell’art. 425 c.p.p. a quella del citato art. 125. disp. att. c.p.p.¹⁴¹ Si diceva, infatti, che se le due regole di giudizio fossero state diverse, e quindi il giudice dell’udienza preliminare avesse potuto pronunciare sentenza di non luogo a procedere solo in presenza della prova della non commissione (intendendo quindi in tal senso il criterio dell’evidenza), la conseguenza sarebbe stata che se il magistrato del pubblico ministero avesse richiesto il rinvio a giudizio, nonostante l’assenza, l’insufficienza o la

¹³⁹ G.D. PISAPIA, “Introduzione”, cit., 10 s.; id., *Riflessioni sull’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, II, 483. Nello stesso senso, D. BIELLI, *Natura e funzione dell’udienza preliminare*, cit., 270, il quale afferma che “un eccesso di garantismo può portare, come in questo caso, a svilire uno strumento importantissimo (in primo luogo per l’imputato) di controllo dell’onnipotenza dell’accusa”.

¹⁴⁰ G. LOZZI, *loc. cit.*

¹⁴¹ Nello stesso senso, F. CAMPAGNA, “Udienza preliminare”, cit., 695.

contraddittorietà della prova, il giudice non avrebbe potuto prosciogliere l'imputato, e la formulazione dell'imputazione da parte dell'organo dell'accusa avrebbe comunque portato al dibattimento, vanificando, nella sostanza, la funzione di filtro, destinata a svolgersi in relazione ad ipotesi del tutto marginali e di rilevanza patologica. La vera imputazione azzardata da evitare, si disse, "non può essere quella fondata su elementi probatori da cui emerge evidente l'innocenza – questa più che imputazione azzardata è un'imputazione insipiente – bensì quella fondata su elementi contraddittori o insufficienti". In definitiva, secondo quest'impostazione, l'evidenza che giustificava la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, si profilava in ogni caso in cui vi fosse la prova positiva (p.e. prova dell'insussistenza del fatto), ovvero totale mancanza (c.d. prova negativa), insufficienza o contraddittorietà della prova (p.e. della commissione del fatto). Ne derivava un notevole ampliamento dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, mentre la fase dallo stesso gestita, non si profilava più come mera udienza di smistamento, ma poteva, secondo quest'approccio interpretativo, svolgere un'effettiva funzione di filtro. D'altra parte, in dottrina si affermò che questa soluzione non produceva "conseguenze pregiudizievoli, né per la collettività, né per l'imputato"¹⁴².

Per quanto riguarda il primo aspetto, erano in tal modo superate le preoccupazioni che pure erano state espresse quando, rispetto al criterio

¹⁴² P. CORVI, *Udienza preliminare: sempre più udienza sempre meno preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, II, 1095.

dell'evidenza, si era affermato che esso riposava su di un'esigenza di difesa della società, rispondendo alla necessità di evitare "pericoli di colpi di mano da parte di rei che [avrebbero potuto] approfittare di carenze ed errori negli accertamenti preliminari [...], per carpire una sentenza" di non luogo a procedere¹⁴³. Si sottolineava, infatti, la non definitività della sentenza in questione, sia perché impugnabile, sia perché revocabile, in presenza di nuove fonti prova, potendo quindi la pretesa punitiva dello Stato sempre trovare soddisfazione¹⁴⁴.

Sotto il secondo profilo, si precisava che si trattava pur sempre di un giudizio prognostico, sulla sostenibilità o meno dell'accusa in dibattimento, e non di un accertamento della responsabilità o meno dell'imputato, in ciò risiedendo un fondamentale elemento di distinzione rispetto al proscioglimento dibattimentale ex art. 530 comma 2 c.p.p, in quanto proscioglimento sul merito¹⁴⁵. Infatti, tenuto conto che "la tecnica dibattimentale di formazione della prova è tale da fornire una conoscenza storica più compiuta dell'imputazione [...] si tratta [solo] di verificare se i risultati delle indagini preliminari, sono tali che, attraverso i meccanismi del

¹⁴³ A. MALINVERNI, "La sentenza di non luogo a procedere ed i problemi della prova" cit., 150; cit., 195. Nello stesso senso, S. MAROTTA, "Sentenza penale", Digesto (disc. pen.), XIII, Utet, Torino, 1997, 180.

¹⁴⁴ P. CORVI, *loc. cit.*

¹⁴⁵ Del resto, in dottrina si rilevò che il giudice del dibattimento segue un procedimento logico esattamente opposto a quello del giudice dell'udienza preliminare. Il giudice dibattimentale, infatti, "deve verificare se sia stata raggiunta la prova che l'accusa è fondata, ed in caso positivo [...] condanna; in caso di esito negativo, deve assolvere". Per cui, l'art. 530 c.p.p. e l'art. 425 c.p.p. si fondano su di "un diverso costruito logico", in quanto il giudice dibattimentale accerta la fondatezza, mentre il giudice dell'udienza preliminare accerta l'infondatezza, in funzione della necessità o meno del dibattimento (O. DOMINIONI, "Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare", cit., 74; D. MANZIONE, "Udienza preliminare", in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, IV, Utet, Torino, 1990, 662).

dibattimento, la tesi dell'accusa potrà essere dimostrata"¹⁴⁶. Inoltre, pur volendo ipotizzare un effetto in qualche modo pregiudizievole per l'imputato, sotto forma di condizionamento per il giudice del dibattimento, derivante dalla valutazione del giudice dell'udienza preliminare, nel caso in cui egli si fosse orientato per il rinvio a giudizio, l'imputato poteva pur sempre sottrarsi a tale rischio, rinunciando all'udienza preliminare. Pertanto, egli poteva avvantaggiarsi del notevole ampliamento delle possibilità che l'udienza preliminare si concludesse con un provvedimento a suo favore, ma al tempo stesso, ove nell'approfondita analisi del merito da parte del giudice dell'udienza preliminare ravvisasse il pericolo di un pregiudizio, poteva evitare tale fase¹⁴⁷.

A questo punto il cerchio si chiude, ove si rileggano le pagine di chi aveva invece affermato la necessità di non consentire al giudice dell'udienza preliminare né una penetrante valutazione di merito, né la possibilità di effettuare un giudizio con funzione prognostica, potenzialmente fonte di una prevenzione per il giudice dibattimentale, che si sarebbe trovato di fronte alla "prognosi" di condanna¹⁴⁸.

Evidente la diversità di prospettive e l'insanabilità del contrasto, a legislazione immutata.

Un altro approccio al tema in discussione, era quello che indagava i rapporti tra l'art. 425 c.p.p. e l'art. 422 c.p.p. Quest'ultima norma prevedeva che "[...] il

¹⁴⁶ O. DOMINIONI, *"Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare"*, cit., 74.

¹⁴⁷ P. CORVI, *op. cit.*, 1096.

¹⁴⁸ A. MACCHIA, *"L'udienza preliminare"*, cit., 40.

giudice terminata la discussione, può indicare alle parti temi nuovi o incompleti sui quali si rende necessario acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione”(comma 1). La disposizione era collegata a quella del precedente art. 421 comma 4 c.p.p., secondo il quale “se il giudice ritiene di poter decidere allo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione”. In caso contrario, egli doveva provvedere secondo quanto previsto dall’art. 422 c.p.p. Tuttavia, che il giudice non potesse decidere allo stato degli atti, poteva dir tanto, ma anche nulla. Il problema era quello dell’individuazione dei presupposti della non decidibilità allo stato degli atti. In dottrina si osservò che il giudice sarebbe giunto ad una tale determinazione, quando gli elementi addotti dal magistrato del pubblico ministero fossero stati insufficienti o contraddittori per giustificare il passaggio alla successiva fase dibattimentale¹⁴⁹. Proprio in ciò si rilevava un elemento di contraddizione con l’art. 425 c.p.p., ove tale norma fosse stata intesa in senso restrittivo, sì da vanificare la funzione di filtro. Si osservava, infatti, che la situazione di incertezza poteva perdurare anche dopo l’espletamento delle attività di cui all’art 422 c.p.p., o magari le parti avrebbero potuto rimanere assolutamente inerti. Ebbene, in tal caso ne sarebbe derivato “l’assurdo logico” che il giudice avrebbe dovuto disporre il passaggio al giudizio “in base a quegli stessi elementi valutati, in precedenza, non idonei a sorreggere il relativo provvedimento”.

¹⁴⁹ V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell’azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 1317 ss.

Queste osservazioni trovarono un certo riscontro in dottrina. Si rilevò, infatti, che era soluzione obbligata per il giudice, per superare la situazione di stallo, pronunciare sentenza di non luogo a procedere, nel caso in cui il magistrato del pubblico ministero non fosse riuscito, pur dopo il supplemento istruttorio, a fornire una prova decisiva per il rinvio a giudizio. Si aggiungeva che “un rinvio a giudizio nonostante il mancato adempimento delle richieste del giudice, riproporrebbe l’argomento dell’inutilità dell’udienza preliminare, così degradata a semplice quanto inutile formalità”¹⁵⁰.

Inoltre, sempre per contrastare l’interpretazione restrittiva dell’art. 425 c.p.p., in dottrina si richiamava l’orientamento della Corte costituzionale che aveva sancito l’illegittimità dell’art. 152 comma 2 c.p.p. abr., nella parte in cui non prevedeva tra le ipotesi in cui il giudice, ad istruttoria ultimata, doveva pronunciare sentenza di proscioglimento nel merito, anziché dichiarare l’estinzione del reato per amnistia, anche quella in cui mancasse del tutto la prova della commissione del fatto da parte dell’imputato. Ciò in violazione dell’art. 3 Cost. e quindi con una disparità di trattamento rispetto ad altre situazione omogenee, essendo prevista la

¹⁵⁰ D. BIELLI, *Natura e funzione dell’udienza preliminare*, cit., 266. Nello stesso senso, F. ROBERTI, *L’udienza preliminare. Poteri delle parti ed iniziative del giudice*, cit., 20; A. GALATI, *Le ulteriori informazioni e i criteri decisori nell’udienza preliminare*, cit., 119; id., “*L’udienza preliminare*”, cit., 201. Recentemente si è poi osservato che “ipotizzare uno sbocco obbligatorio verso il giudizio nel caso in cui l’azione fosse stata promossa in presenza di una *prova* insufficiente o contraddittoria, tutto sommato toglieva valore ai poteri del giudice dettati dall’art. 421 comma 4 c.p.p. ed alla regola di giudizio dell’art. 422 comma 2 c.p.p.” (T. BENE, “*La sentenza di non luogo a procedere*”, cit. 463). In effetti, la questione si poteva prospettare in questi termini: che senso ha stabilire che il giudice ammette le prove richieste dal magistrato del pubblico ministero solo quando ne risulti evidente la decisività ai fini dell’accoglimento della richiesta di rinvio a giudizio, se poi il giudice, pur quando tale prova non sia stata fornita, deve disporlo ugualmente, anche se gli elementi adottati dal a sostegno dell’accusa sono carenti o contraddittori?

piena equiparazione tra la prova dell'innocenza e la totale mancanza della prova, sia ai fini della sentenza istruttoria di proscioglimento *ex art. 378 c.p.p. abr.*, sia per la sentenza di assoluzione dibattimentale *ex art. 479 c.p.p. abr.* Pertanto, rilevato che l'art. 129 c.p.p. ricalca l'art. 152 c.p.p. abr., si affermava anche con riguardo al codice vigente l'attualità dell'interpretazione offerta dalla Corte. Se ne deduceva che, poiché tra gli artt. 129 comma 2 e 425 c.p.p. vi era una "coincidenza semantica assoluta [...] una lettura analoga deve farsi anche ai fini dell'applicazione dell'art. 425 c.p.p.". La validità del discorso era poi estesa anche all'ipotesi dell'insufficienza della prova, considerata "assai contigua" a quella della mancanza della prova¹⁵¹.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, la Corte costituzionale, sottolineata la diversità di condizione dell'indagato nel corso delle indagini rispetto a quella dell'imputato nell'udienza preliminare, dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale proposta nei confronti degli artt. 425 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., sollevata "sul presupposto che dalle due discipline derivi una disparità di trattamento, laddove nella prima norma si afferma il concetto di evidenza ai fini del

¹⁵¹ M. KROGH, *Art 425 c.p.p.: sulla nozione di evidenza*, cit., 350 s.; anche D. CARCANO, *Sentenza di non luogo a procedere ed evidenza probatoria*, in *Cass. pen.*, 1992, II, 1573 ss.; P. CORVI, *L'udienza preliminare: sempre più udienza sempre meno preliminare*, cit., 1091; M. VESSICHELLI, nota a commento della sent. Cassazione penale, sez. III, 20 gennaio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, I, 633 e *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, I, 481. Sempre a proposito del rapporto tra gli artt. 129 e 425 c.p.p., prima della l. 105/93, in dottrina si affermò che "attribuire all'introduzione del requisito dell'evidenza un significato particolare, quando esiste una norma generale ed imperativa come l'art. 129 c.p.p. [che tale requisito al primo comma non richiede] – applicabile in ogni stato e grado del processo e quindi anche in udienza preliminare – significa voler forzare un preciso modello armonico e coerente con il sistema, al solo scopo di limitare l'intervento giurisdizionale di controllo e di garanzia sull'azione esercitata dal magistrato del pubblico ministero" (D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 270).

non luogo a procedere e nella seconda si comprende nella formula *elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio* anche l'insufficienza probatoria"¹⁵². Inoltre, successivamente, la Corte¹⁵³ si pronunciò esplicitamente a favore della regola dell'evidenza, affermando che tale criterio rispondeva alla volontà del legislatore di precludere "una sorta di giudizio anticipato che incrinerebbe non poco quella marcata autonomia del dibattimento che lo stesso sistema accusatorio ontologicamente postula", in tal modo condividendosi l'impostazione di una parte della dottrina, preoccupata che la valutazione del giudice, se troppo approfondita, potesse rappresentare un grave pregiudizio per l'imputato rinviato a dibattimento. Per parte sua, la Corte di cassazione, conveniva sul fatto che il giudice dell'udienza preliminare dovesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere, non solo in presenza della prova dell'insussistenza del fatto o della non commissione da parte dell'imputato, ma anche nell'ipotesi di totale mancanza di prova¹⁵⁴, mentre analoga soluzione non era adottata per il caso di insufficienza o contraddittorietà della prova.

Al di là dei contrasti e delle diverse posizioni in ordine all'art. 425 c.p.p., le statistiche dimostravano l'esiguità del numero delle sentenze di non luogo a procedere ed uno scarto eccessivo tra il numero dei rinvii a giudizio e quello delle sentenze di condanna. Sembrava quindi evidente che l'udienza preliminare non

¹⁵² Corte costituzionale, ord. 252 del 6 giugno 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 2063.

¹⁵³ Corte costituzionale, sent. n. 82 dell' 11 marzo 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 1365.

¹⁵⁴ Cassazione penale, sez. VI, 12 giugno 1991, in *Cass. pen.*, 1992, II, 1572.

svolgeva adeguatamente la funzione di filtro, nonostante che nel sistema italiano non fosse ravvisabile uno di quei fattori che ne avevano segnato la “crisi” negli ordinamenti di *common law*, ossia il fatto che essa fosse affidata a magistrati onorari¹⁵⁵. Si fece strada, pertanto, l’idea della necessità dell’eliminazione, nell’art. 425 c.p.p., del riferimento all’evidenza¹⁵⁶. In questa direzione operò la l. 105/93, il cui art. 1 sopprime la parola *evidente* nel testo dell’art. 425 c.p.p. Si riteneva di aver posto fine in tal modo ad ogni contrasto interpretativo, così da assicurare un

¹⁵⁵ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 289 s; sull’udienza preliminare nei sistemi anglosassoni, I. CALAMANDREI, “*L’udienza preliminare nel processo penale inglese*”, cit., 261 ss.; G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 566; A. BERNASCONI, *L’udienza preliminare tra istanze di tutela ed esigenze deflazionistiche: profili comparativi*, in *Ind. pen.*, 1992, 764 ss.

¹⁵⁶ E. LUPO, in AA.VV., “*L’udienza preliminare*”, Atti del convegno di Urbino, cit., 137; *ibidem*, G.D. PISAPIA, “*Introduzione*”, cit., 11. In verità, questa era solo una delle soluzioni prospettate in dottrina. Così, il mancato funzionamento dell’udienza preliminare, portò a suggerire addirittura la sua abolizione (in questo senso, G. PECORELLA, in *Dif. pen.* 1992, 45). Altri, riteneva che non sarebbe stato sufficiente, per rafforzare la funzione di filtro dell’udienza preliminare, limitarsi ad eliminare il riferimento all’evidenza. Si osservò, infatti, che per convincersene bastava considerare “la prassi di quei giudici per le indagini preliminari che praticano la norma interpretandola, nella sostanza, sullo schema dell’art. 125 disp. att. c.p.p. Anche in una tale gestione, l’udienza preliminare non esce dalle secche di un istituto in cui il gioco non vale la candela, perché non agisce come efficace diaframma tra imputazione e dibattimento”. Si riteneva, pertanto, che l’udienza preliminare dovesse essere rimessa alla scelta dell’imputato, recuperando così in pieno la funzione, propria dell’istituto, di garanzia dell’imputato a fronte di imputazioni azzardate. Più in particolare, l’instaurazione dell’udienza preliminare avrebbe dovuto essere subordinata ad una richiesta motivata dell’imputato, da sottoporre ad un previo controllo di ammissibilità. In tal modo, l’accesso all’udienza preliminare sarebbe stato limitato ad un numero ristretto di casi, con grande vantaggio in termini di efficienza dell’organizzazione giudiziaria e di funzionalità dell’istituto, il quale si sarebbe configurato non più come fase necessaria, ma puramente eventuale (O. DOMINIONI, *Giudice e parti nell’udienza preliminare*, in AA.VV., *L’udienza preliminare*, Atti del convegno di Urbino, cit., 82 s). Nello stesso senso, C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, cit., 621; A. BERNASCONI, *op cit.*, 776. Per un’analisi riassuntiva delle varie tendenze emerse in dottrina, G. CONSO, *Conclusioni di un dibattito sull’udienza preliminare*, cit., 67 ss.; G. GARUTI, *Nuove osservazioni sulla regola di giudizio ex art. 425 c.p.p. ai fini della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.* 1996, III, 2712 s.

“efficace filtro selettivo nei confronti delle accuse destinate, *rebus sic stantibus*, all’insuccesso”¹⁵⁷.

La realtà fu però ben diversa.

In dottrina, dopo la riforma, si ritenne che l’innovazione non avesse comportato una modificazione della natura processuale del provvedimento conclusivo dell’udienza preliminare, la quale ultima non diveniva un accertamento di merito sulla responsabilità dell’imputato. Inoltre, pur riconoscendosi, in accordo con la giurisprudenza consolidata, che la sentenza di non luogo a procedere dovesse essere pronunciata anche in caso di mancanza della prova¹⁵⁸, si esclude che ciò dovesse accadere pure in caso di prova insufficiente o contraddittoria¹⁵⁹. Opposta era invece l’opinione di uno degli autori che maggiormente si era occupato del problema¹⁶⁰, pur sottolineandosi che “la regola di giudizio relativa al proscioglimento *ex art. 425 c.p.p.* non può non essere diversa rispetto a quella dettata con riferimento ad una sentenza di merito dibattimentale [...] in quanto essa

¹⁵⁷ V. PERCHINUNNO, “*Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all’azione penale*”, in AA.VV., cit., 81; altri affermava che “ormai non vi sono più ostacoli perché l’udienza possa svolgere il suo ruolo principale [...], che è quello di controllo e di filtro (G.M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, cit., 49).

¹⁵⁸ D. CARCANO, *Sentenza di non luogo a procedere ed evidenza probatoria*, cit., in commento alla citata sentenza della Cassazione del 12 giugno 1991 (*retro nota 154*), sottolinea la continuità di tale soluzione con quanto espressamente previsto dall’art. 378 c.p.p. abr., affermando che “non sembra che vi siano ragioni plausibili che possano condurre ad una soluzione diversa da quella cui è pervenuta la decisione che si annota”.

¹⁵⁹ A. NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995, 303 s.; D. MANZIONE, “*Sentenza di non luogo a procedere*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, Coordinato da M. CHIAVARIO, II agg., Utet, Torino, 1993, 217.

¹⁶⁰ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1997, 343.

deve solo accertare la necessità di passare o meno alla fase dibattimentale”¹⁶¹. Di un vero e proprio controllo di merito, invece, discorreva altra parte della dottrina, quando si affermava che la diversità dell’oggetto della verifica non può incidere sulla regola di giudizio, che deve essere tale da “rendere il controllo giurisdizionale più penetrante, se non di pari entità”¹⁶². La tesi era però duramente criticata da altri. Si affermava, infatti, che non si poteva considerare la valutazione del giudice dell’udienza preliminare equivalente a quella del giudice dibattimentale, se non altro per il diverso orizzonte conoscitivo, che per il giudice dibattimentale si giova degli elementi che egli ha potuto trarre dall’escussione probatoria, secondo i principi dell’oralità ed immediatezza, nel contraddittorio tra le parti¹⁶³, mentre per il giudice dell’udienza preliminare è essenzialmente limitato ai risultati delle indagini condotte dagli organi investigativi. A nulla, poi, sarebbe valso obiettare che la decisione del giudice dell’udienza preliminare non era necessariamente allo

¹⁶¹ In questo senso anche, A.A. DALIA - M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 626; M. SCILLITANI, *La valutazione degli elementi di prova da parte del giudice dell’udienza preliminare dopo la modifica dell’art. 425 c.p.p.*, in *Cass. pen.* 1996, IV, 3437 ss., il quale osservava che per effetto della l. 105/93, si erano notevolmente ampliati i poteri del giudice dell’udienza preliminare. A tal fine rilevava in particolare il fatto che “potendo valutare pienamente l’operato del magistrato del pubblico ministero, il giudice dell’udienza preliminare debba utilizzare gli stessi criteri che sottintendono il procedimento d’archiviazione [...]. Si tratta qui di fondare nel giudice dell’udienza preliminare la convinzione dell’opportunità di un giudizio di merito, argomentando sulla verità degli enunciati fattuali presentati e, percorrendo la catena argomentativa, sulla loro probabile tenuta nel giudizio di merito, rimanendo così di esclusiva competenza del giudice le valutazioni di cui all’art. 530 c.p.p.”.

¹⁶² V. PERCHINUNNO, *“Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all’azione penale”*, cit., 80. Nello stesso senso anche A. MACCHIA, *La nuova sentenza di non luogo a procedere ed il decreto che dispone il giudizio: tra criptomotivazione e dubbi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 1993, IV, 2415, il quale testualmente affermava: “[...] si accredita la configurazione di una fase investigativa destinata a superare un vaglio di effettivo merito, quale ormai deve ritenersi essere il controllo che il giudice esercita in sede di udienza preliminare”.

¹⁶³ G. GARUTI, *Udienza preliminare e insufficienza probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 6, 732.

stato degli atti, in virtù dei poteri contemplati dall'art. 422 c.p.p. (sommarie informazioni ai fini della decisione), poiché "l'iniziativa probatoria rimane circoscritta ai mezzi tassativamente determinati, e la tecnica di escussione probatoria limita fortemente il contraddittorio"¹⁶⁴. Si ritenne, pertanto, che la soluzione più corretta fosse quella di riportare la regola di giudizio del nuovo art. 425 c.p.p., non all'art. 530 c.p.p., ma, ancora una volta, ai parametri stabiliti per l'archiviazione, ex art. 125 disp. att. c.p.p.¹⁶⁵ Si qualificava, quindi, quella del giudice dell'udienza preliminare come valutazione prognostica sulla superfluità o meno del dibattimento, alla stessa stregua di quella del magistrato del pubblico ministero a fronte dell'alternativa tra esercizio dell'azione penale e richiesta di archiviazione. Nella medesima prospettiva, pur riconoscendosi che ormai l'udienza preliminare si configurava come una "fase giurisdizionale di valutazione della consistenza dell'accusa" e non più come semplice udienza di sbarramento o "filtro a maglie larghe", si escludeva che essa potesse in qualche modo determinare

¹⁶⁴ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 294 s.; anche *Nuove osservazioni sulla regola di giudizio ex art. 425 c.p.p. ai fini della sentenza di non luogo a procedere*, cit., 2714 s.

¹⁶⁵ A. GALATI, "L'udienza preliminare", cit., 208, il quale affermava che "non è seriamente dubitabile che la regola di giudizio che deve essere utilizzata dal giudice dell'udienza preliminare sia quella enunciata dall'art. 125 disp. att. c.p.p." A sostegno, si richiamava l'orientamento della Corte costituzionale, che già rispetto all'originaria formulazione dell'art. 425 c.p.p., aveva affermato che "è innegabile un certo accostamento tra insostenibilità dell'accusa ed evidenza dell'innocenza, [...] in quanto, l'affermare che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio equivale a dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che quindi, la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata" (Corte costituzionale, 15 febbraio 1991 n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, II, 207). In senso contrario, si osservò che l'esigenza di rendere omogenee le regole di giudizio di cui agli art. 425 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. "portò a mettere sullo stesso piano situazioni in realtà non facilmente assimilabili", ritenendosi di conseguenza ingiustificata la soppressione del riferimento all'evidenza (S. MAROTTA, "Sentenza penale", cit., 181).

un'anticipazione del giudizio di colpevolezza, per effetto di una sorta di "dibattimento in miniatura". La separazione tra udienza e dibattimento rimaneva netta, avendo la prima natura meramente processuale, in quanto destinata solo alla verifica sull'ammissibilità o meno della domanda di giudizio¹⁶⁶.

Anche la giurisprudenza oscillava. Da una parte, si qualificava il giudizio pronunciato a seguito dell'udienza preliminare come deliberazione processuale che, grazie al più ampio potere attribuito al giudice per effetto della l. 105/93, si configurava come un efficace filtro rispetto al dibattimento, da introdurre solo in presenza di un adeguato supporto probatorio all'azione penale¹⁶⁷. Dall'altra, invece, si discorreva ormai di un vero e proprio giudizio di pieno merito, in quanto il giudice dell'udienza preliminare "ha il potere - dovere di svolgere il controllo di responsabilità dell'imputato secondo gli stessi parametri di valutazione del giudice dibattimentale, con riferimento a tutti gli elementi costitutivi del reato, sia materiali che attinenti all'elemento psicologico, tenendo conto altresì delle cause di non punibilità e di estinzione del reato"¹⁶⁸. Anche sul piano dei presupposti per la pronuncia della sentenza di non logo a procedere, si riproponeva l'ormai consueto contrasto, a secondo che si ritenesse possibile procedere in tal senso in caso di

¹⁶⁶ P. CORVI, *L'udienza preliminare: sempre più udienza, sempre meno preliminare*, cit., 1100 s.

¹⁶⁷ Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Piacenza, 12 aprile 1995, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 645.

¹⁶⁸ Corte d'Appello di Napoli, 8 marzo 1995, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995., 466.

prova negativa, di prova carente, insufficiente o contraddittoria¹⁶⁹, oppure si escludessero queste due ultime eventualità¹⁷⁰.

Com'è facile capire, allora, l'intervento del legislatore non era riuscito ad eliminare i contrasti interpretativi, in dottrina e giurisprudenza, così che rimanevano ancora irrisolti i due problemi fondamentali, ai quali non si era riusciti a dare una risposta univoca:

- a) la valutazione della natura della sentenza di non luogo a procedere, e più in generale, dell'incisività dei poteri cognitivi del giudice dell'udienza preliminare;
- b) l'esatta individuazione dei presupposti della sentenza di non luogo a procedere.

Nonostante la materia fosse molto controversa, la stessa Corte di cassazione, che pur non aveva mancato di esprimersi in senso diverso, seppe indicare una soluzione che sembrava essere quella più apprezzabile¹⁷¹. In particolare, la Corte pose innanzi tutto l'attenzione sulla persistente diversità del linguaggio adoperato

¹⁶⁹ Corte d'Appello di Torino, 15 novembre 1995, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 285; Corte d'appello di Napoli, *loc.cit.*; Cassazione penale, sez. I, 6 febbraio 1999, in *Dir. pen. proc.*, 1999, II, 726.,

¹⁷⁰ Cassazione penale, sez. VI, 7 maggio 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1997, n. 2, 174. Per la verità, in giurisprudenza, con un inopinato salto all'indietro, tale da vanificare la riforma del 1993, si era anche sostenuta la necessità della presenza, ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, di elementi incontrovertibili d'innocenza, perché solo il giudice dibattimentale può prosciogliere per carenza, insufficienza o contraddittorietà della prova, a norma dell'art. 530 comma 2 c.p.p. (Cassazione penale, sez. III, 22 gennaio 1997). Sul punto, G.M. ANCA, "Udienza preliminare", cit., 50 e 74.

¹⁷¹ Cassazione penale, sez. VI, 9 ottobre 1995, n. 3467, in *Cass. pen.*, 1996, III, 2705. Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. I, 30 gennaio 1995, in *Cass. pen.* 1996, IV, 3435.

dal legislatore, pur dopo la l. 103/95, posto che nella prima parte, per le cause di estinzione, di improcedibilità e per la non previsione del fatto come reato, si richiedeva che esse dovessero *sussistere*, mentre per le altre ipotesi si richiedeva che dovessero *risultare*. Se ne deduceva che non potendosi considerare tale distinzione come una semplice variante lessicale, essa costituiva una conferma dei differenti poteri del giudice dell'udienza preliminare e del giudice del dibattimento, dato che il secondo adotta le formule di assoluzione se *sussiste* la relativa situazione, e considerato altresì che il legislatore si è limitato a sopprimere la parola "evidente", mentre, ben avrebbe potuto "riscrivere l'art. 425 comma 1 a somiglianza dell'art. 530 c.p.p."¹⁷². La distinzione esprimeva quindi, secondo la Corte, l'intento del legislatore di mantenere la regola di giudizio prevista dall'art. 425 c.p.p. su di un piano diverso rispetto a quella contenuta nell'art. 530 c.p.p., dovendo il giudice dell'udienza preliminare esprimere una valutazione di tipo prognostico, dello stesso tipo di quella espressa dal magistrato del pubblico ministero, nella scelta tra esercizio dell'azione penale ed archiviazione.

Ciò detto, e premesso che l'assoluta mancanza di prove giustifica la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, la Suprema Corte affermò che "non trova riscontro nel testo del codice la tesi che vuole precluso il non luogo a procedere

¹⁷² Sul punto anche, A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 626.

dall'esistenza di *fonti di prova*¹⁷³, sia pure insufficienti o contraddittorie". Infatti, "il legislatore ha inteso evitare – sia a fini di garanzia soggettiva, sia a fini di funzionalità generale del sistema – che pervengano alla fase del giudizio situazioni nelle quali risulti, con ragionevole certezza, che l'imputato meriti il proscioglimento. Ciò avviene nei casi in cui [...] l'istruzione dibattimentale appaia incapace di arrecare, in termini di prova a carico, alcun risultato utile per superare lo stato di incertezza e di contraddittorietà [...], mentre, in tutti i casi in cui sussistano fonti o elementi di prova, pur contraddittori od insufficienti, che si prestino, secondo un'inevitabile valutazione prognostica, a *soluzioni aperte* è doverosa la verifica dibattimentale"¹⁷⁴.

Tale soluzione fu fatta propria alla dottrina, che osservava che la regola di giudizio contenuta nell'art. 425 c.p.p., dopo la l. 105/93, "accresce il ruolo di filtro assegnato all'udienza preliminare e, per altro verso, non sembra attribuire al decreto che dispone il giudizio un'effettiva pregiudiziale verso le decisioni da assumere in dibattimento"¹⁷⁵.

¹⁷³ Opportunamente, il Giudice delle leggi precisò che rispetto agli elementi emersi dalle indagini preliminari, poteva parlarsi di fonti di prova e non di "prove", perché tali possono diventare solo in dibattimento. Sul punto anche, T. BENE, "La sentenza di non luogo a procedere", cit., 463; *retro*, 3.5, pag. 135, nota. 36.

¹⁷⁴ Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. I, 18 novembre 1998, n. 1490 in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 169. In dottrina, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 1997, cit., 346.

¹⁷⁵ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 107.

3.9 Problemi ulteriori sull'art. 425 c.p.p.

Nell'originaria formulazione dell'art. 425 c.p.p. era prevista, tra le cause che potevano condurre alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, anche il difetto d'imputabilità. Quest'ipotesi si prospettò subito in termini problematici agli occhi della dottrina, che parlò in proposito di un "punto critico del sistema"¹⁷⁶.

La questione, per la verità, fu controversa anche nel corso dei lavori preparatori. La direttiva 52 della legge delega, infatti, nell'elencare i casi di pronuncia di sentenza di non luogo a procedere, non contemplava la non imputabilità o non punibilità per qualsiasi altra causa, e nemmeno la formula "perché il fatto non costituisce reato". Il progetto preliminare poi, sotto questo profilo, si limitò ad una pedissequa ripetizione di quanto previsto nella direttiva, mentre solo nel testo definitivo comparvero le ipotesi citate. Nella *Relazione* si affermò che "dopo approfondita riflessione [...], è apparso ragionevole prevedere che nei casi in cui la non punibilità dell'imputato appaia in termini probatori tali da raggiungere la soglia dell'evidenza, possa pervenirsi ad una soluzione anticipata del processo, che eviti la celebrazione di un dibattimento dall'esito scontato"¹⁷⁷.

Tuttavia, proprio il fatto che nessuna indicazione esplicita era in proposito rintracciabile nella legge delega, fu causa perplessità in dottrina, che avanzò il sospetto di un eccesso di delega. Più in particolare, si riteneva che i dubbi

¹⁷⁶ A. NAPPI, *Profili dell'udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 516.

¹⁷⁷ *Relazione*, cit., 188.

riguardanti il riferimento, nell'art. 425 c.p.p., alla formula “perché il fatto non costituisce reato”, potessero essere superati grazie ad un'interpretazione estensiva della locuzione “il fatto non è previsto dalla legge come reato” contenuta nella direttiva 52, comprensiva di ogni ipotesi in cui il fatto non costituisce reato, “per carenza di tipicità, antigiuridicità oppure del dolo o della colpa”¹⁷⁸. Invece, riguardo all'ipotesi della non imputabilità, se, per un verso, si condividevano le argomentazioni illustrate nella *Relazione*, riconoscendosi che la relativa previsione rispondeva all'esigenza di economia processuale e di deflazione del dibattimento, e perciò era in linea con l'ispirazione della legge delega, per altro verso, si avanzava il dubbio che il silenzio di quest'ultima in proposito, “sia lo specchio di un diverso ordine di idee [...] per la tutela di esigenze difensive estremamente serie”¹⁷⁹.

D'altra parte, era opinione comune che il giudice, in caso di non imputabilità, potesse applicare una misura di sicurezza. In particolare, si sottolineava che il magistrato del pubblico ministero, in presenza dei presupposti di applicabilità di una misura di sicurezza, perché questa potesse essere applicata, doveva ugualmente presentare la richiesta di rinvio a giudizio, pur essendo egli convinto “di dover concludere con un non luogo a procedere”¹⁸⁰, proprio a causa della non imputabilità. Del resto, essendo esclusa la possibilità dell'archiviazione per difetto

¹⁷⁸ A. MOLARI, “Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare”, cit., 72.

¹⁷⁹ A. MOLARI, *loc. cit.*

¹⁸⁰ D. MANZIONE, “Udienza preliminare”, cit., 666.

di imputabilità¹⁸¹, egli non aveva altra possibilità. In tal modo, il giudice poteva pronunciare sentenza di non luogo a procedere e con questa disporre l'applicazione delle misure di sicurezza. Si riteneva, infatti, che ciò non fosse impedito dall'assenza di un'esplicita disposizione in tal senso nell'art. 425 c.p.p., essendo espressamente prevista, ex art. 579 c.p.p., l'impugnazione delle sentenze di non luogo a procedere "per ciò che concerne le misure di sicurezza"¹⁸². Per altro, in dottrina si è rilevato che nonostante la tesi dell'applicabilità delle misure di sicurezza con la sentenza di non luogo a procedere fosse supportata da argomentazioni desumibili dalla lettera del codice, l'opposta tesi non sarebbe stata del tutto peregrina, in quanto "le misure di sicurezza sono equiparabili, per il loro contenuto affittivo, a vere e proprie pene e presuppongono un accertamento giurisdizionale, non solo di responsabilità, ma anche di pericolosità dell'imputato, accertamento al quale l'udienza preliminare è strutturalmente inadeguata"¹⁸³.

Proprio sulla base di queste premesse, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 41 del 10 febbraio 1993¹⁸⁴, dichiarò l'illegittimità dell'art. 425 c.p.p. nella parte in cui stabiliva che il giudice dovesse pronunciare sentenza di non luogo a

¹⁸¹ A. NAPPI, *loc. cit.*

¹⁸² In tal senso, D. MANZIONE, "Udienza preliminare", *loc. cit.*; T. BENE, "La sentenza di non luogo a procedere", *cit.*, 430; N. BARTONE, *Aspetti patologici dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 686; *amplius*, G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, *cit.*, 300. In giurisprudenza, per l'applicazione di misure di sicurezza con la sentenza di non luogo a procedere, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Ariano Irpino, 3 luglio 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 91.

¹⁸³ G. GARUTI, *loc. cit.*

¹⁸⁴ *Giust. pen.*, 1993, 1080.

procedere quando risultava evidente la non imputabilità. La Corte, infatti, rilevò che nell'udienza preliminare il giudice valuta gli elementi raccolti dal magistrato del pubblico ministero, non ai fini dell'accertamento della colpevolezza o meno dell'imputato, ma solo in funzione della verifica dell'utilità o meno del dibattimento, il quale costituisce la sede naturale per l'accertamento dei fatti e per l'esercizio del diritto alla prova, che era invece fortemente limitato dall'art. 422 c.p.p.

La sentenza di non luogo a procedere nel caso di non imputabilità, con l'eventuale applicazione delle misure di sicurezza, era pertanto pronunciata sulla base di un accertamento di responsabilità fondato solo "sull'etereo presupposto della non evidente infondatezza dell'addebito". Ciò comportava un'irragionevole compressione del diritto di difesa, precludendosi all'imputato l'accesso al dibattimento e la possibilità di esercitare in esso il diritto alla prova sul merito della *regiudicanda*. Sotto questo profilo, dunque, la norma era in palese contrasto con l'art. 24 della Costituzione che, invece, garantisce il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento.

La Corte, inoltre, rilevò che la norma violava il principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, nella misura in cui creava una disparità di trattamento a vantaggio di coloro che pur trovandosi nella medesima condizione di non imputabilità, erano tratti a giudizio con riti privi dell'udienza preliminare, come nel caso del giudizio direttissimo o immediato. Infine, non essendo prevista la non imputabilità tra le

cause che secondo la direttiva 52, avrebbero potuto portare alla sentenza di non luogo a procedere, l'art. 425 c.p.p. violava l'art. 76 Cost., sui limiti all'esercizio della funzione legislativa delegata.

In termini cronologici, la sentenza 41/93 fu il primo intervento sull'art. 425 c.p.p., seguito, a pochi mesi di distanza, dalla modifica della norma ad opera della già citata l. 105/93, che soppresse in maniera generalizzata il termine "evidente". Sorse però, a questo punto, il problema di capire se il legislatore avesse in qualche modo voluto, per così dire, rimettere in gioco il difetto di imputabilità. In effetti, si sarebbe potuto pensare che la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, per tale ipotesi, fosse nuovamente consentita. In questa direzione, in giurisprudenza si osservò che poiché il legislatore con la l. 105/93 si era semplicemente limitato ad eliminare la parola "evidente", senza cancellare il riferimento al difetto d'imputabilità, ciò indicava la volontà di reintrodurre la relativa formula¹⁸⁵. Anche in dottrina si era sostenuto che la pronuncia della Corte fosse ormai "datata", in virtù della nuova versione dell'art. 425 c.p.p., e che quindi andava riconosciuto il potere del giudice dell'udienza preliminare di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità¹⁸⁶. Di segno contrario era l'opinione di chi riteneva ormai preclusa tale eventualità, "atteso il permanente interesse a vedere accertata in dibattimento la responsabilità penale che la declaratoria di non

¹⁸⁵ Giudice per le indagini preliminari presso la Pretura di Milano, 22 giugno 1994, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 885.

¹⁸⁶ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 108.

imputabilità inevitabilmente presuppone”. Si riteneva pertanto soluzione obbligata quella del decreto che dispone il giudizio¹⁸⁷. Altri però riteneva possibile giungere ad un provvedimento di archiviazione, nell’ipotesi in cui non fosse necessario applicare una misura di sicurezza¹⁸⁸. In tal modo si avallava e si confermava, pur nel mutato quadro normativo, la validità di un’opinione che, ancor prima del rimaneggiamento del testo dell’art. 425 c.p.p., ad opera del Giudice costituzionale prima e del legislatore poi, era già stata espressa da autorevole dottrina, nel tentativo di evitare la contraddizione insita nell’esercizio dell’azione penale da parte del magistrato del pubblico ministero “allorquando questi fosse convinto di non dover procedere contro il presunto autore del reato”. Pertanto, limitatamente all’ipotesi in cui, pur nel difetto d’imputabilità, non dovessero essere applicate misure di sicurezza, si riteneva preferibile una “forzatura” che permettesse al magistrato del pubblico ministero di richiedere l’archiviazione, sulla base di un’ampia accezione del presupposto dell’infondatezza della *notitia criminis*¹⁸⁹. Tale soluzione era invece contrastata da altra parte della dottrina che riteneva preclusa la possibilità di richiedere l’archiviazione, sulla base dell’ovvia considerazione che il

¹⁸⁷A. SCALFATI, *L’udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 115

¹⁸⁸A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 1995, cit., 302. La Cassazione ha invece affermato che “l’applicazione della misura di sicurezza [...] non può essere disposta con il provvedimento d’archiviazione, neppure all’esito della procedura camerale, svoltasi nel contraddittorio delle parti. Detta applicazione è invece possibile con la sentenza di non luogo a procedere, pronunciata dal giudice all’esito dell’udienza preliminare, per cui il pubblico ministero dovrà a tal fine promuovere l’azione penale, e non richiedere l’archiviazione [...]” (Cassazione penale, sez. I, 28 dicembre 1994, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 260).

¹⁸⁹D. MANZIONE, “*Udienza preliminare*”, cit., 666 s. La praticabilità di tale soluzione fu ribadita dallo stesso autore in “*Sentenza di non luogo a procedere*”, cit., 211.

difetto di imputabilità non compariva tra i presupposti per il non esercizio dell'azione penale¹⁹⁰.

Nel frattempo, l'art. 425 c.p.p. fu oggetto di un nuovo intervento della Corte costituzionale, mirato a sgombrare il campo da ogni dubbio sull'impossibilità del non luogo procedere per difetto d'imputabilità. La Corte rilevò, infatti, che nulla era cambiato in proposito, pur dopo la l. 105/93, perché la sent. 41/93 che aveva sotto questo profilo dichiarato l'illegittimità dell'art. 425 c.p.p., non si fondava solo sul presupposto dell'evidenza, soppresso dal legislatore¹⁹¹. Rimaneva però da capire che cosa dovesse accadere nel caso di non imputabilità. In proposito, si era affermata la possibilità per il magistrato del pubblico ministero di richiedere il giudizio immediato, ritenendosi che sebbene normalmente tale rito sia fondato sull'evidenza della prova della colpevolezza dell'imputato, la mancanza di ogni specificazione in tal senso ad opera dell'art. 453 c.p.p., potesse far pensare che esso fosse ammesso "anche nei casi in cui appaia evidente la prova a sostegno di una richiesta di assoluzione formulata dal magistrato del pubblico ministero"¹⁹². Se si accettava tale presupposto, questa soluzione appariva ragionevole, posto che, esclusa la possibilità di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, se occorreva applicare una misura di sicurezza, non era possibile nemmeno

¹⁹⁰ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 301.

¹⁹¹ Corte costituzionale, 11 aprile 1997, n. 94, in *Giust. pen.*, 1998, I, 46.

¹⁹² A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 1995; cit. 303; la tesi è stata di recente ribadita in *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 353 e 476 s.; *contra*, G. ILLUMINATI, "Il giudizio immediato", cit., 139.

l'archiviazione. Altri, invece, continuava a ritenere preferibile che il magistrato del pubblico ministero presentasse la richiesta di rinvio a giudizio, nonostante la non imputabilità, aprendo così la strada al dibattimento e consentendo in quella sede l'applicazione dell'eventuale misura di sicurezza.

Altra questione è stata quella riguardante la possibilità di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato, riconoscendo l'esistenza di circostanze attenuanti ed operando il giudizio di comparazione con le circostanze aggravanti¹⁹³. Sulla questione si pronunciò la Corte costituzionale che, con la sent. 431 del 3 ottobre 1990, escluse l'illegittimità dell'art. 425 c.p.p., nella parte in cui non consentiva al giudice dell'udienza preliminare di procedere nel senso accennato, a differenza di quanto previsto dagli artt. 256 e 257 disp. trans. c.p.p. La Corte, infatti, osservò che le due situazioni sono ben diverse poiché “mentre nel regime transitorio il giudice è di norma in possesso di un fascicolo processuale contenente gli atti dell'istruttoria, ed esamina un vero e proprio complesso probatorio, il giudice dell'udienza preliminare *di regola* non dispone degli elementi necessari a riconoscere circostanze attenuanti ed a procedere al giudizio di cui all'art. 69 c.p., dato che le prove ed il significativo accertamento dei fatti si

¹⁹³ Il problema assume una notevole rilevanza perché, talvolta, la valutazione di una circostanza attenuante può essere determinante per la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere o per il rinvio a giudizio. Infatti, tenuto conto che l'art. 157 comma 2 c.p. prescrive che per determinare il tempo necessario ai fini della prescrizione, si deve tener conto, tra l'altro, delle circostanze attenuanti ed aggravanti, tale valutazione potrebbe portare ad individuare un termine di prescrizione più breve, eventualmente già decorso, con conseguente estinzione del reato, oppure potrebbe far rientrare il reato in uno di quelli amnistiati (sul punto, A. BOIDO, *Sulla valutabilità delle circostanze attenuanti da parte del giudice dell'udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 1999, I, 144).

profileranno solo al dibattimento”¹⁹⁴. La giurisprudenza di merito, invece, ritenne che rientrassero tra i poteri del giudice sia l’applicazione di circostanze attenuanti che il giudizio di bilanciamento, al fine della declaratoria di una causa estintiva del reato¹⁹⁵. In senso critico rispetto a tale ultimo orientamento, in dottrina si osservò che “la concreta applicazione delle cause estintive del reato coinvolge delicati problemi afferenti a possibili conflitti d’interesse tra parti private, parte pubblica e Stato. [...] [Questi conflitti] sono tali e di tale importanza da non potere trovare soluzione soddisfacente in udienza preliminare [...] tranne l’ipotesi di applicabilità immediata e scontata della causa estintiva. Ma questa ipotesi non si realizza quando si debba passare attraverso il giudizio di equivalenza tra circostanze”¹⁹⁶.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte ebbe ad affermare che nonostante la soppressione dell’aggettivo “evidente” ad opera della l. 105/93, l’art. 425 c.p.p non attribuiva al giudice dell’udienza preliminare il potere di procedere alla valutazione delle circostanze, ai fini della pronuncia di non luogo per essere il reato estinto, nel caso di specie per prescrizione¹⁹⁷. La Corte, infatti, osservò che il giudice doveva limitarsi ad una mera constatazione dell’esistenza dei

¹⁹⁴ Cass. pen., 1991, II, 84.; *contra*, S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 107, il quale afferma che l’esclusione sancita dalla Corte è “del tutto illogica allorché il giudice dispone di elementi adeguati per una corretta pronuncia, quali, ad esempio, quelli relativi all’attenuante del risarcimento del danno”.

¹⁹⁵ Giudice per le indagini preliminari di Catanzaro, 6 novembre 1990, in *Giust. pen.*, 1992, 598.

¹⁹⁶ A. TORCHIA, *Sentenza di non doversi procedere, giudizio di valenza tra circostanze e applicabilità di una causa estintiva del reato*, in *Giust. pen.*, 1992, 598.

¹⁹⁷ Cassazione penale, sez. VI, 4 novembre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, V, 2427.

presupposti per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, senza poter compiere valutazioni implicanti apprezzamenti soggettivi, quali sarebbero quelli derivanti dall'applicazione delle circostanze. Parte della dottrina, tuttavia, stigmatizzò questa pronuncia rilevando, per un verso, che essa era chiaramente in contrasto con quanto già affermato in precedenza dalla stessa Corte di cassazione¹⁹⁸, mentre, per altro verso, una diversa soluzione era legittimata dalla stessa sentenza della Corte costituzionale 431/90, valutata alla luce degli sviluppi successivi, sia legislativi che giurisprudenziali¹⁹⁹.

Si poteva rilevare, infatti, che il Giudice delle leggi aveva affermato che solo *di regola* il giudice dell'udienza preliminare non disponeva degli elementi necessari a riconoscere le circostanze attenuanti ed a procedere all'applicazione

¹⁹⁸ Cassazione penale, sez. I, 3 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1999, I, 143. Nel caso di specie, vi era stata, in sede di patteggiamento, l'applicazione delle circostanze attenuanti ex artt. 62 n. 2 e 62 bis c.p., con conseguente assoluzione per estinzione del reato (per prescrizione), ex art. 129 c.p.p., in virtù del giudizio di prevalenza rispetto alle circostanze aggravanti. Il Procuratore Generale aveva proposto ricorso per cassazione, deducendo l'erronea applicazione della legge e sostenendo che non rientrava tra i poteri del giudice dell'udienza preliminare concedere le attenuanti e procedere al giudizio di comparazione. La Corte ritenne infondato il ricorso, sostenendo che "il principio invocato non è pertinente al caso di applicazione della pena su richiesta delle parti" perché il potere del giudice, in tal caso, discende direttamente dall'art. 444 comma 2 c.p.p. La Corte, inoltre, pur ritenendo di non dover esaminare la questione dei limiti, in generale, dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, in ordine alla concessione delle attenuanti ed al giudizio di comparazione, osservò che "è doveroso far rilevare che l'evoluzione del diritto positivo e le pronunce della Corte costituzionale, inducono a rivedere l'affermazione già fatta dalla giurisprudenza di legittimità [Cassazione penale, sez. V, 24 agosto 1993], dell'impossibilità per il giudice dell'udienza preliminare di dichiarare estinzione del reato per effetto dell'esclusione delle aggravanti o della concessione di attenuanti e del giudizio di comparazione con le aggravanti contestate". In dottrina si osservava però che la Corte più volte si era occupata della questione *de quo* con riguardo al patteggiamento, ma l'orientamento era stato tutt'altro che univoco, e comunque la soluzione positiva, favorevole all'applicazione delle circostanze in quella sede, non sarebbe stata un argomento decisivo per estenderne in maniera generalizzata la praticabilità, per le peculiarità della fattispecie ex artt. 444 ss. c.p.p. (G.L. FANULLI - A. LAURINO, *Non luogo a procedere per estinzione del reato a seguito di riconoscimento di circostanze attenuanti?*, in *Cass. pen.*, 1998, I, 308 s.).

¹⁹⁹ D. POTETTI, *La l. 105/93; ovvero la triste storia di una legge negata e di un giudice inutile*, in *Cass. pen.* 1998, V, 2440 s.

dell'art. 69 c.p. Ciò poteva significare che si facevano salve eventuali eccezioni. Considerato poi che “ci si trovava agli albori della giurisprudenza costituzionale sul nuovo codice” e valutati i successivi orientamenti della giurisprudenza²⁰⁰ sull'art. 425 c.p.p., sarebbe stato possibile attribuire a quella iniziale sentenza un nuovo e più compiuto significato. Infatti, si affermava che se la regola di giudizio è quella della superfluità o meno del dibattimento, che porta a dover pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi raccolti, anziché dar luogo a soluzioni aperte, lasciano ragionevolmente prevedere che l'istruzione dibattimentale non potrà fornire argomenti a sostegno dell'accusa, tale regola non può non valere anche per quella tra le diverse formule della sentenza di non luogo a procedere, che fa riferimento all'estinzione del reato. Se ne desumeva che “ai fini della declaratoria di estinzione del reato, anche ove essa dipenda dalla valutazione di circostanze attenuanti – come nel caso di prescrizione - il giudice dell'udienza preliminare dovrà valutare se le questioni relative alle circostanze del reato siano evolvibili in dibattimento; se cioè i meccanismi dibattimentali si palesino utili a chiarire aspetti rilevanti e non chiariti, pertinenti, appunto alle circostanze del reato”.

Diversa era la posizione di altra parte della dottrina. Si osservava, infatti, che a fronte di attenuanti insuscettibili di evoluzione in sede dibattimentale – come quella della minore età o del risarcimento del danno - ve ne sono altre, ed in primo

²⁰⁰ Anche della stessa Corte costituzionale; in particolare, sent. n 71 del 15 marzo 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2092 ss.

luogo quelle generiche, che “si sostanziano in situazioni di fatto soggette a possibile modifica nella dialettica del contraddittorio dibattimentale”. Questa considerazione portava ad escludere che il giudice dell’udienza preliminare potesse valutare e comparare le circostanze ai fini della dichiarazione di estinzione del reato, poiché tale dichiarazione rischiava di fondarsi su elementi che, se acclarati in sede dibattimentale, avrebbero potuto portare ad un diverso epilogo²⁰¹.

Inoltre, si faceva notare la persistente diversità dei termini utilizzati nell’art. 425 c.p.p., che da un lato, e nella specie, per l’estinzione del reato, usava l’espressione *sussistere*, che presupponeva una valutazione strettamente giuridica escludendo “qualsiasi indagine fattuale finalizzata al riconoscimento di attenuanti o a giudizi di comparazione delle stesse”²⁰²; dall’altro, quando discorreva di *risultanza*, richiedeva un giudizio di fatto. Il profilo strettamente terminologico sarà meglio approfondito più avanti. Sulla questione *de quo*, invece, un argomento a sostegno della valutabilità delle circostanze attenuanti da parte del giudice dell’udienza preliminare, poteva essere desunto anche dall’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul codice abrogato. Sotto il vigore di quest’ultimo,

²⁰¹ G.L. FANULLI – A. LAURINO, *op. cit.*, cit., 311. In verità, la tesi era quanto meno singolare. In effetti, una volta riconosciuto che esistono circostanze rispetto alle quali nessuno sviluppo può derivare dallo svolgimento del dibattimento, non si vede perché mai sol perché ciò è talvolta prevedibile o comunque possibile, si dovesse in ogni caso escludere la possibilità per il giudice dell’udienza preliminare di valutare le circostanze attenuanti. Una soluzione certamente più equilibrata sarebbe stata quella di ricondurre, anche in tal caso, i poteri del giudice nell’ambito della regola generale ispirata all’utilità o superfluità del dibattimento, consentendogli quindi di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, per estinzione del reato, a seguito di riconoscimento di circostanze attenuanti e/o giudizio di prevalenza rispetto alle circostanze aggravanti, solo nell’ipotesi opposta a quella delle “soluzioni aperte”. In questo senso anche A. SCALFATI, *L’udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 112.

²⁰² Si veda anche *retro*, pag. 200.

infatti, la questione assumeva un rilievo analogo a quello del codice vigente. Più in particolare, si trattava di stabilire se il giudice istruttore potesse tener conto delle circostanze attenuanti, di fronte all'alternativa tra proscioglimento in istruttoria e rinvio al giudizio dibattimentale, nonché ai fini dell'applicabilità di misure di sicurezza. La giurisprudenza di legittimità era orientata in senso negativo, osservandosi che l'art. 384 c.p.p. abr., tra i requisiti della sentenza istruttoria contemplava solo l'enunciazione del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che comportavano l'applicazione di misure di sicurezza, con esclusione quindi delle circostanze attenuanti, la cui valutazione sarebbe stata preclusa al giudice istruttore, in quanto rimessa al giudice del dibattimento. Tale soluzione era poi specificatamente ribadita anche in ordine all'applicabilità delle misure di sicurezza.

Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sent. 233 del 30 luglio 1984²⁰³, dichiarò l'illegittimità dell'art. 384 c.p.p. abr. nella parte in cui “in caso di sentenza di proscioglimento per infermità psichica, preclude al giudice istruttore di tener conto delle circostanze attenuanti e di effettuare il giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p. tra queste e le circostanze aggravanti ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico”. Ne derivava il superamento del precedente orientamento che, tuttavia, come visto, fu poi contraddetto dalla stessa Corte costituzionale, con la sent. 431/90, con riferimento al nuovo codice. Per altro, anche a prescindere dalla possibilità, sopra segnalata, di

²⁰³ *Giur. cost.*, 1984, I, 1644.

inquadrare questa sentenza in un più ampio contesto, che tenga conto dei successivi sviluppi, in dottrina si era rilevato che la formulazione dell'art. 426 c.p.p. – che fa riferimento sinteticamente all'imputazione - diversa rispetto a quella dell'art. 384 c.p.p. abr., non avrebbe dovuto “offrire alcuno spunto per negare al giudice dell'udienza preliminare il potere di apprezzare tutte le circostanze, al pari del giudice dibattimentale”²⁰⁴ .

Altro problema di notevole rilievo è quello che riguarda i rapporti tra l'art. 425 c.p.p. e l'art. 129 c.p.p. Quest'ultimo testualmente dispone: “in ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale *ricosce* che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara d'ufficio con sentenza (comma 1); quando ricorre una causa d'estinzione del reato, ma dagli atti *risulta* evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza d'assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta” (comma 2). Nell'interpretare la norma in questione, la Corte di cassazione²⁰⁵ ha precisato che “l'attività espressa dal verbo *ricoscere* [...] comporta [...] ineliminabili connotazioni di soggettività correlate alla personalità ed al retroterra culturale ed esperienziale di ciascun

²⁰⁴ E. MARZADURI, “Udienza preliminare”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, IV, Utet, Torino, 1990, 669 s.

²⁰⁵ Cassazione penale, sez. VI, 15 giugno 1998, in *Cass. pen.*, 1999, II, 948.

individuo ed è quindi diversa da quella connotata dall'oggettività espressa dal verbo risultare [...]; l'attività del riconoscere implica infatti l'impegno attivo e fattivo della ricerca, mentre la percezione di una risultanza richiede un impegno meramente passivo di disponibilità alla ricezione del messaggio promanante da qualcosa di oggettivo immediatamente percepibile da un soggetto [...] che non viene impegnato in un'attività di ricerca estesa oltre i limiti della constatazione".

Passando quindi all'esame dell'art. 425 c.p.p., la Corte rilevava la struttura sintattica sostanzialmente unitaria della norma, "che correla il potere, e quindi il dovere del giudice dell'udienza preliminare non già alla soggettività del riconoscere, come fa in prima battuta l'art. 129 c.p.p., ma direttamente [...] all'oggettività del risultare, secondo le differenze semantiche e sintattiche sopra cennate [...]. [Pertanto], elemento unificante delle ipotesi di proscioglimento elencate nell'art. 425 c.p.p. e quindi elemento chiarificatore della natura e dell'estensione dei poteri affidati al giudice dell'udienza preliminare è la verificabilità per constatazione delle ragioni cui nel sistema è correlato il dovere del giudice predetto di emettere sentenza di non luogo a procedere". Si vedranno tra poco le conseguenze che da tale impostazione discendono in ordine ai rapporti tra le due norme.

In merito all'art. 129 c.p.p., ci si è interrogati sul potere del giudice per le indagini preliminari, dopo la richiesta di rinvio a giudizio del magistrato del pubblico ministero, di dichiarare l'immediato proscioglimento, senza nemmeno

fissare l'udienza preliminare. Una parte della giurisprudenza era orientata in senso contrario, ritenendo che il giudice per le indagini preliminari non potesse pronunciare *de plano* ed in applicazione dell'art. 129 c.p.p. sentenza di non luogo a procedere, ma dovesse in ogni caso fissare l'udienza preliminare. Si argomentava trattarsi di un atto dovuto, in forza della formulazione dell'art. 418 c.p.p., necessariamente conseguente alla presentazione della richiesta di rinvio a giudizio, così che, la pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* era concepita quale epilogo esclusivamente camerale, perché il giudice per la pronuncia dei propri provvedimenti non può che utilizzare il rito a sua disposizione per definire il giudizio davanti a sé²⁰⁶. In tale prospettiva, poi, si specificava che il riferimento all'*immediatezza*, contenuto nella rubrica dell'art. 129 c.p.p., non doveva essere inteso in termini rigorosamente temporali, rispetto al momento in cui il giudice veniva a conoscenza degli atti processuali, ma solo come indicativo di un rapporto di precedenza rispetto ad altri provvedimenti decisionali, ed in particolare, rispetto a provvedimenti istruttori²⁰⁷. Pertanto, l'obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non

²⁰⁶ Cassazione penale, sez. I, 1 dicembre 1998, in *Giust. pen.*, 1998, III, 667; Cassazione penale, sez. VI, 3 febbraio 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 41; Cassazione penale, sez. VI, 16 febbraio 1999, *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 270; Cassazione penale, sez. I, 22 aprile 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 511; Cassazione penale, sez. I, 12 ottobre 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 595.

²⁰⁷ Tale argomentazione era tuttavia contestata da altra parte della giurisprudenza che osservava che l'immediatezza, sia pure non riportata nel testo dell'articolo, stava ad indicare un preciso obbligo del giudice rispondente al principio del *favor rei*, che, in linea generale, assumeva carattere vincolante anche dal punto di vista temporale, imponendosi quindi l'immediata chiusura del processo, non appena ravvisata la non punibilità dell'imputato. Una deroga a tale principio poteva derivare solo da una "preminente esigenza sul piano dei valori da tutelare" ed in primo luogo dal diritto al contraddittorio. (Cassazione penale, sez. VI, 20 gennaio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, IV, 2296).

punibilità, comportava che il giudice non potesse avvalersi dei poteri di cui all'art. 422 c.p.p.²⁰⁸

Tale orientamento era condiviso da parte della dottrina, che riteneva trattarsi dell'unica soluzione in grado di tutelare le esigenze della difesa e dell'accusa, ed in particolare, il diritto al contraddittorio²⁰⁹. Così, per esempio, una volta esercitata l'azione penale, nell'ipotesi che sussistesse una causa di estinzione del reato rinunciabile, all'imputato doveva essere garantita la possibilità di manifestare la sua volontà, per poter eventualmente ottenere una pronuncia sul merito. Per converso, il magistrato del pubblico ministero poteva individuare ulteriori "fonti di prova valorizzabili dinnanzi al giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 419 comma 3 c.p.p."²¹⁰.

Altri osservò che "fatta eccezione per il caso in cui sia lo stesso imputato a rinunciare all'udienza preliminare, la sua instaurazione risulta essere una tappa ineludibile all'interno del procedimento penale che non sembra rientrare nella disponibilità del giudice, pena, altrimenti, la violazione del principio del contraddittorio, posto che, molto spesso, solo in tale momento processuale

²⁰⁸ Cassazione penale, sez. VI, 16 febbraio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, I, 510.

²⁰⁹ In dottrina si osservò che "non potrebbe mai ritenersi valida una sentenza pronunciata senza prima ascoltare le argomentazioni dei contendenti [...]. Dal momento che dopo la richiesta di rinvio a giudizio, l'unica forma di contraddittorio possibile è quella disciplinata dell'udienza preliminare, l'omissione di questa fase, attraverso il proscioglimento *de plano* ai sensi dell'art. 129 c.p.p., toglierebbe alla decisione il necessario presupposto della legittimazione" (M. CAIANIELLO, *Proscioglimento ex art. 129 c.p.p. e udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1999, IV, 2301).

²¹⁰ M. VESSICHELLI, nota alla sentenza Cassazione penale, sez. VI, 16 febbraio 1996, cit., 514.

l'imputato può concretizzare pretese precedentemente non azionabili"²¹¹. Pertanto, attesa la funzione di garanzia dell'udienza preliminare, la sua fissazione non poteva essere fine a sé stessa, nel senso che una volta compiuto tale atto dovuto, il giudice non avrebbe potuto impedire alle parti di compiere quelle attività cui tale udienza era destinata, non potendosi, in particolare, condividere l'orientamento volto ad escludere che il giudice che voleva applicare l'art. 129 c.p.p. potesse procedere alle attività contemplate dall'art. 422 c.p.p.

Un diverso orientamento era quello che opinava fosse possibile per il giudice investito della richiesta di rinvio a giudizio, sempre che i relativi presupposti emergessero dal fascicolo trasmesso a norma dell'art. 416 c.p.p., provvedere a norma dell'art. 129 c.p.p., senza dover procedere all'udienza preliminare²¹². Tale soluzione sarebbe stata imposta dalla locuzione "immediata declaratoria" contenuta nella rubrica dell'art. 129 c.p.p., norma questa ispirata ad un principio di massima economia processuale; così che, "se vi sono cause di non punibilità rilevabili d'ufficio, costituisce un inutile aggravio qualsiasi ulteriore atto processuale, anche il più semplice"²¹³. Nella specie, nessuna preclusione poteva essere individuata in ordine all'applicabilità dell'art. 129 c.p.p., *medio tempore*, nella fase che va dal

²¹¹ A. MARANDOLA, *Un punto fermo e non poche incertezze in tema di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità in sede di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1999, II, 953.

²¹² Cassazione penale, sez. III, 5 ottobre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 3478; Cassazione penale, sez. VI, 28 giugno 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 3755; Cassazione penale, sez. III, 15 gennaio 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 228.

²¹³ Cassazione penale, sez. III, 15 gennaio 1998, cit., 229.

deposito della richiesta di rinvio a giudizio all'udienza preliminare, posto che l'esercizio dell'azione penale determina l'inizio del processo, come richiesto dall'art. 129 c.p.p., applicabile, appunto, *in ogni stato e grado del processo*. Si specificava, per altro, sul piano dei rapporti tra gli artt. 129 e 425 c.p.p., che le due disposizioni rispondevano a "differenti esigenze processuali", in quanto il giudice avrebbe potuto adottare il provvedimento *de plano* solo quando fosse stata ravvisata l'*evidente* sussistenza di una delle cause di non punibilità contemplate; quando invece esse non fossero emerse in modo "palese ed irrefutabile", si da richiedere il supplemento istruttorio *ex art. 422 c.p.p.*, allora il giudice avrebbe dovuto pronunciare sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p.²¹⁴. Per la verità, in dottrina si sottolineò che il criterio dell'evidenza, nel contesto dell'art. 129 c.p.p., assume rilievo solo con riguardo all'ipotesi contemplata al secondo comma della disposizione, ove, per il caso di concorso di una causa d'estinzione del reato ed una formula di assoluzione nel merito, si stabilisce che prevalga quest'ultima, mentre, nel primo comma, si richiede che il giudice "riconosca" una delle cause di non punibilità previste. Si affermava, pertanto, che "non sembra condivisibile l'estensione di una regola di giudizio

²¹⁴ Cassazione penale, sez. III, 15 gennaio 1998, *loc. cit.*

coniata, com'è logico che sia, per i profili che attengono al *fatto*, anche alle decisioni che attengono al *diritto*"²¹⁵.

La dottrina che condivideva il secondo orientamento citato, riteneva che le perplessità scaturenti dal fatto che la sentenza potesse essere pronunciata senza contraddittorio, erano agevolmente superate tenendo conto che da un lato, si trattava pur sempre di un provvedimento favorevole all'imputato e dall'altro, che era sempre possibile un controllo in sede di impugnativa, al fine di ottenere una pronuncia con formula più favorevole. Ciò induceva pertanto ad escludere "una illegittima violazione del diritto di difesa costituzionalmente sancito dall'art. 24 Cost., i cui modi di esercizio possono essere adeguati dal legislatore alle concrete esigenze procedimentali, ponendo anche delle restrizioni quando queste si appalesino giustificate da altre norme e principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale"²¹⁶.

Altra questione, strettamente connessa a quella precedente, è quella riguardante la possibilità di applicare l'art. 129 c.p.p. in udienza preliminare. In proposito si rilevava che "quando le parti abbiano espletato le attività proprie

²¹⁵ Ciò per altro non impediva di affermare che "ove la *quaestio* riguardi un profilo di diritto, non appare inopportuna una pronuncia immediata". Nella specie, si criticava la sentenza commentata che aveva subordinato all'evidenza, nel caso *de quo* ritenuta insussistente, la possibilità per il giudice di provvedere *de plano* ai sensi dell'art. 129 c.p.p., senza procedere all'udienza preliminare. Una volta esclusa la riferibilità di tale requisito alle questioni di stretto diritto, si ribadiva l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. perché "il dubbio interpretativo" non può giustificare moduli processuali differenziati (M. GAMBARDELLA, nota a commento della sent. Cassazione penale, sez. I, 22 aprile 1998, cit., in *Cass. pen.* 1998, VI, 3077).

²¹⁶ S. LORUSSO, *Immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità e giudice per le indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1995, IV, 3482.

dell'udienza camerale, tra queste comprese quelle previste e regolate dagli artt. 422 e 423 c.p.p., il bivio immediatamente aperto al giudice è quello di emettere sentenza di non luogo a procedere, nei casi, nei limiti e ai sensi dell'art. 425 c.p.p. ovvero, ai sensi dell'art. 429 c.p.p., decreto che dispone il giudizio", rimanendo preclusa l'applicazione diretta dell'art. 129 c.p.p.²¹⁷. Una tale conclusione era giustificata con le argomentazioni sopra illustrate, fondate sulla differenza semantica tra il "riconoscere" ed il "risultare", dalle quali si desumeva che il giudice dell'udienza preliminare non aveva il potere di compiere quelle valutazioni implicanti apprezzamenti soggettivi che invece l'art. 129 comma 1 c.p.p. presupponeva, attraverso l'uso del verbo "riconoscere", se non nei limiti e nelle forme della sua trasposizione nel citato art. 425 c.p.p.²¹⁸.

Al di là del profilo meramente letterale, quindi, la conseguenza pratica che discendeva da tale impostazione era la restrizione dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, il quale, in applicazione dell'art. 425 c.p.p., avrebbe dovuto limitarsi ad una mera constatazione di un dato emergente in maniera oggettivamente incontrovertibile. La Corte rilevava, infatti, che la soppressione del termine "evidente" nell'art. 425 c.p.p., ad opera della legge 105/93, "certamente

²¹⁷ Cassazione penale, sez. VI, 15 giugno 1998, cit., 948.

²¹⁸ Nella massima si legge infatti che "l'art. 425 c.p.p., come dimostra l'uso del termine *risulta* in luogo di quello *riconoscere* contenuto nell'art. 129 c.p.p., ha la funzione di veicolare dentro lo speciale procedimento dell'udienza preliminare gli strumenti di anticipata ed economica definizione regolati in via generale dall'art. 129 c.p.p., adattandoli agli ambiti di conoscenza attingibili dal giudice mediante l'esplicazione dell'attività propria dell'udienza preliminare".

non incide sull'oggettività del risultare". In dottrina, giustamente, si osservò che in tal modo si statuiva che:

1. il giudice dell'udienza preliminare, in base al disposto dell'art. 425 c.p.p., avrebbe dovuto limitarsi a prendere in considerazione gli elementi emergenti *ictu oculi*;
2. che in tal modo veniva sostanzialmente reintrodotta, per via interpretativa, quel criterio dell'evidenza che invece il legislatore aveva chiaramente voluto espungere dall'art. 425 c.p.p., essendosi esso, ad onta di quanto affermato dalla Corte, chiaramente orientato nel senso di ampliare i poteri del giudice dell'udienza preliminare²¹⁹.

In termini più specifici, sempre sul problema dell'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. in udienza preliminare, in dottrina si rilevava che problemi non sorgevano in merito al secondo comma della norma²²⁰.

Con riferimento al primo comma, invece, si plaudeva all'orientamento giurisprudenziale citato che, nell'enucleare un idoneo criterio distintivo tra gli artt. 129 e 425 c.p.p., aveva statuito che essi rispondevano a differenti esigenze processuali. In particolare, si rilevava che il subordinare all'evidenza il provvedimento di cui all'art. 129 c.p.p., si traduceva nella preclusione

²¹⁹ D. POTETTI, *La l. 105/93: ovvero la triste storia di una legge inutile e di un giudice inutile?*, cit., 2429.

²²⁰ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 113; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 354; T. BENE, "La sentenza di non luogo a procedere", cit., 475; P. CORVI, *L'udienza preliminare: sempre più udienza, sempre meno preliminare*, cit., 1103.

all'applicazione della norma allorché fosse necessario lo svolgimento delle attività regolate dall'art. 422 c.p.p.. In tal modo, operando le due norme su piani distinti, non sorgeva alcun ostacolo al proscioglimento in ciascuna delle ipotesi previste dall'art. 129 c.p.p.²²¹. In verità, tali considerazioni erano espresse con riferimento alla formulazione dell'art. 425 c.p.p. risultante dalla soppressione del requisito dell'evidenza ad opera della legge 105/93. In precedenza, invece, l'applicazione dell'art. 129 comma 1 c.p.p. in sede di udienza preliminare era esclusa a ragione del suo carattere generale, ponendosi l'art. 425 c.p.p. rispetto ad esso come norma speciale. Per cui, l'art. 129 c.p.p. si rivelava “pressoché inutile ove non [avesse trovato] autonomo spazio applicativo in relazione al particolare momento del procedimento”²²². In dottrina si era tuttavia osservato che sebbene l'art. 425 c.p.p. richiedesse l'evidenza probatoria, non pretesa invece ai fini dell'art. 129 comma 1 c.p.p., tale ultima disposizione poteva comunque assumere rilievo in sede di udienza preliminare, quale indice per stabilire se fosse o meno possibile decidere allo stato degli atti *ex art. 421 comma 4 c.p.p.*; dal che si deduceva che il giudice dell'udienza preliminare avrebbe potuto deliberare, una volta accertata l'esistenza di una delle ipotesi contemplate dall'art. 129 c.p.p. comma 1, “anche se rispetto ad un'altra causa di non punibilità, che potrebbe risultare più favorevole

²²¹ A. SCALFATI, *op. cit.*, 114.

²²² D. MANZIONE, “*Udienza preliminare*”, *cit.*, 661.

all'imputato, potrebbe ipotizzarsi la necessità di provvedere ai sensi dell'art. 422 c.p.p.²²³.

Dopo la modifica dell'art. 425 c.p.p., venuto meno il rapporto di specialità rispetto all'art. 129 comma 1 c.p.p., *prima facie* si poteva affermare la superfluità della disposizione dettata con riguardo all'udienza preliminare, in quanto, attesa la sostanziale coincidenza sia delle ipotesi contemplate dalle due disposizioni, sia delle regole di giudizio, sarebbe stato sufficiente, in quella sede, applicare l'art. 129 c.p.p. Opportunamente, tuttavia, in dottrina si sottolineava che l'art. 425 c.p.p. conservava una propria autonomia funzionale, poiché a differenza dell'art. 129 c.p.p., circoscriveva i poteri del giudice dell'udienza preliminare entro i limiti di una decisione meramente processuale, di natura prognostica²²⁴. Ciò consentiva, da un lato, di ritenere che l'art. 425 c.p.p. non fosse un inutile doppione dell'art. 129 c.p.p.²²⁵, dall'altro, di affermare che allorquando entrambe le soluzioni fossero astrattamente possibili, si doveva privilegiare l'applicazione dell'art. 129 c.p.p., maggiormente vantaggiosa per l'imputato. Quella prevista dall'art. 129 c.p.p. è infatti sentenza di merito, che produce la preclusione derivante dal principio *ne bis in idem*, senza limitarsi, come la sentenza di cui all'art. 425 c.p.p., ad arrestare

²²³ E. MARZADURI, "Atti e provvedimenti del giudice", in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Utet, Torino, 1990; anche, T. BENE, "La sentenza di non luogo a procedere", cit., 475.

²²⁴ P. CORVI, *L'udienza preliminare: sempre più udienza sempre meno preliminare*, cit., 1102 s.

²²⁵ D. MANZIONE, "Sentenza di non luogo a procedere", cit., 218.

l'ulteriore corso del processo, con l'incognita della revoca della sentenza e la riapertura delle indagini *ex artt. 434 ss. c.p.p.*²²⁶.

3.10 *Funzione di garanzia: a) la discovery.*

Oltre alla funzione di filtro delle imputazioni azzardate, e quindi di decongestione del sistema, l'udienza preliminare svolge anche un'altra importantissima funzione, ossia quella di garanzia. Si utilizza quest'espressione volutamente generica, perché riepilogativa di diversi profili che, complessivamente considerati, attribuiscono all'istituto in esame una connotazione appunto in senso lato garantista.

Invero, è facile osservare che anche il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale risponde ad una funzione di garanzia dell'imputato, al fine di risparmiargli il sacrificio umano ed economico che il processo penale comporta, facendolo uscire rapidamente dal circuito della giustizia penale e sottraendolo alla pena che il processo di per sé stesso rappresenta, quando la pretesa punitiva non ha ragione di esplicarsi nei confronti di chi è stato imputato in mancanza di presupposti oggettivi o soggettivi.

²²⁶ A. MACCHIA, *Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di merito o giudice di rito?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, II, 548; A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 114.

Tuttavia, in questa sede, quando si discorre di funzione di garanzia con riferimento all'udienza preliminare, si fa riferimento ad altri e diversi aspetti, ossia la *discovery*, la scelta dei riti differenziati e l'attuazione del diritto alla prova. Anche in questo caso, secondo l'impostazione che si è voluta dare al presente lavoro per quanto attiene al profilo funzionale, la trattazione dovrà essere distinta, assumendo come spartiacque la l. 479/99.

Premesso, come si avrà modo di precisare, che si tratta di profili strettamente connessi, per quanto riguarda il primo aspetto, viene in rilievo il già citato art. 416 comma 2 c.p.p.²²⁷. La norma in questione è rimasta intoccata dal punto di vista letterale, ma il tema della *discovery* da essa disciplinato va oggi valutato in una nuova prospettiva, in virtù dell'art 17 l. 479/99²²⁸. Di ciò, tuttavia, come detto, ci si occuperà in seguito. Va rilevato, invece, che sul punto non vi è coincidenza con quanto previsto in sede di legge delega, posto che in forza della direttiva 57, era prevista "l'immediata trasmissione al giudice del dibattimento del provvedimento che dispone il giudizio con gli atti relativi alla procedibilità ed all'esercizio dell'azione civile, con quelli non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria e dal

²²⁷ La formulazione letterale di tale disposizione ha suscitato qualche perplessità in dottrina. Si è fatto rilevare, infatti, che mentre per la richiesta di rinvio a giudizio si prevede che essa deve essere *depositata*, per il fascicolo si dice che esso deve essere *trasmesso*. Ciò, implicitamente, lascia aperta la strada ad un possibile ritardo, pregiudicando quindi in qualche misura l'esigenza di una rapida conoscenza dell'accusa. A sostegno si adduce anche l'art. 418 comma 1 c.p.p., il quale prevedeva la fissazione dell'udienza preliminare entro un termine di due giorni (oggi cinque) dal *deposito* della richiesta, senza fare alcun riferimento al fascicolo (D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 685).

²²⁸ Naturalmente, l'art. 416 comma 2 c.p.p. si limita a prevedere la trasmissione del fascicolo al giudice per le indagini preliminari. Concretamente però la *discovery* si realizza in forza degli artt. 419 comma 2 c.p.p. e 131 disp. att. c.p.p.

pubblico ministero e con quelli compiuti dal giudice negli incidenti probatori”. A sua volta, la direttiva 58 prevedeva il “deposito, contestualmente agli atti indicati nel n. 57, nell’ufficio del pubblico ministero, a disposizione delle parti, degli atti compiuti o ricevuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero diversi da quelli indicati nel medesimo n. 57”. Dalla lettura della disciplina dell’art. 416 c.p.p., emerge, invece, che il legislatore delegato ritenne di anticipare il momento della trasmissione della documentazione relativa all’attività d’indagine espletata, essendo stato posto l’obbligo a carico del magistrato del pubblico ministero contestualmente al deposito della richiesta di rinvio a giudizio. Com’è stato rilevato in dottrina²²⁹, tale scelta non era priva di logica, ed anzi era maggiormente coerente con gli scopi dell’udienza preliminare, quale momento di verifica dell’accusa. Su questo punto ci si soffermerà tra poco; per ora, invece, è necessario prendere in considerazione più direttamente la questione *de quo*.

In dottrina, unanimemente, si affermava che l’udienza preliminare consentiva all’imputato la conoscenza degli atti compiuti dagli organi investigativi, ossia rendeva possibile quella che nel processo dei paesi di *common law* viene definita *discovery*. La situazione è oggi in parte cambiata, grazie alla *discovery* anticipata prevista dall’art. 415 *bis* c.p.p.²³⁰. In questa sede, tuttavia, interessa rilevare che non si tratta affatto di un istituto nuovo per la legislazione processuale italiana, essendo

²²⁹ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 62.; F. ROBERTI, *L’udienza preliminare. Poteri delle parti ed iniziative del giudice*, cit., 19.

²³⁰ Inserito nel codice dal citato art. 17 l. 479/99.

esso già previsto dall'art. 372 c.p.p. abr, alla fine della fase istruttoria²³¹. Tale constatazione costituisce un'utile premessa per evidenziare un elemento di forte distinzione tra la disciplina dell'art. 416 c.p.p. e più ampiamente dell'udienza preliminare, e quella vigente nel processo inglese e nordamericano. In effetti, occorre rilevare che la soluzione adottata dal legislatore del 1988 è, sotto questo profilo, assai più prossima alla tradizione continentale che ai modelli della tradizione anglosassone, che pure per molti versi hanno costituito il punto di riferimento ideale. Il codice vigente, infatti, respinge ogni limite alla *discovery*, imponendo la trasmissione della documentazione relativa a tutta l'attività d'indagine, essendo estranea alla nostra tradizione la c.d. teoria sportiva della giustizia, che invece caratterizza, per esempio, alcuni stati americani, ove è possibile che una parte occulti elementi utili ai fini del giudizio, fino al dibattimento, esibendoli poi solo in quella sede, al fine di mettere in difficoltà la controparte, impossibilitata a contraddire efficacemente rispetto ad elementi fino a quel momento non conosciuti. Il processo accusatorio diventa a questa stregua una sorta di contesa puramente dialettica, nel quadro di un sistema che se per un verso lascia largo spazio alla "cultura" della punizione esemplare, spesso, singolarmente, scarsamente s'interessa all'accertamento della verità. In proposito, senza volersi addentrare in inopportune speculazioni filosofiche, che non competono in questa sede, si può tuttavia osservare che certamente il processo penale non può mirare

²³¹ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 44.

alla verità assoluta, mera chimera, perché ogni fatto umano, nel momento della sua narrazione o della sua rappresentazione documentale, si presenta più o meno trasfigurato, per effetto dell'intermediazione di chi quel fatto rappresenta o narra e dell'interpretazione che egli stesso ne offre, oltre che dell'interpretazione di chi quel fatto recepisce. E ciò anche a prescindere dalla discontinuità temporale fatto-giudizio, che si è visto essere caratteristica ineludibile di ogni sistema processuale, indipendentemente dalla sua connotazione accusatoria od inquisitoria. E tuttavia, la cultura giuridica continentale ripudia certe esasperazioni del modello *adversary*, e mira a definire un processo penale in cui la verità processuale, nel quadro di un sistema rispettoso delle garanzie individuali, rappresenti una ricostruzione quanto più possibile fedele dei fatti. Ciò allontana il rischio che la verità processuale si configuri come semplice *fictio*, definizione di un contenzioso, purché sia.

A ben vedere, questo è il tema della funzione del processo, e pertanto sarà più approfonditamente trattato più avanti. Qui, invece, occorre ribadire che sul tema della *discovery* è possibile riscontrare una continuità con il codice abrogato. In dottrina si è rilevato che “non si poteva certo fare un passo indietro rispetto alla tradizione”²³² rappresentata dall'art. 372 c.p.p. abr. Tale disposizione, nel prevedere che al termine dell'istruttoria gli atti dovevano essere depositati in cancelleria, con facoltà per i difensori di prenderne visione, di estrarne copia e di presentare memorie ed istanze, imponeva una *discovery* completa. La stessa soluzione è

²³² E. AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2173.

adottata anche dal codice vigente, il quale, tuttavia, presenta un elemento di distinzione non secondario. Come è stato osservato, infatti, il deposito di cui all'art. 372 c.p.p. abr. “non era finalizzato ad un contraddittorio diretto tra le parti, potendo i difensori interloquire solo mediante la presentazione di istanze e memorie al giudice istruttore”²³³. Al contrario, l'udienza preliminare, così come disciplinata dal codice del 1988, non solo consentiva al difensore di conoscere gli atti d'indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero e, sotto la sua direzione, dalla polizia giudiziaria, atti che fino al momento dell'esercizio dell'azione penale egli poteva anche completamente ignorare, ma anche di instaurare un contraddittorio, non meramente cartolare ma anche orale, davanti al giudice dell'udienza preliminare e quindi di conoscere nel dettaglio le argomentazioni dell'accusa²³⁴.

L'obbligo di produzione del magistrato del pubblico ministero, quindi, era ed è ancor più oggi integrale, essendo escluso ogni potere di selezione degli atti, per trasmettere solo quelli che sono necessari ai fini del rinvio a giudizio. Il magistrato del pubblico ministero ha quindi l'obbligo di scoprire tutte le sue carte, venendo così meno la segretezza che caratterizza le indagini preliminari. In dottrina si è rilevato come ciò determini un vero e proprio ribaltamento della logica del rapporto tra *discovery* ed udienza preliminare, rispetto a quanto avviene nel sistema

²³³ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, 170.

²³⁴ A proposito del raffronto tra le due discipline, in dottrina si è parlato di “somiglianza solo epidermica, perché nell'udienza preliminare non sono gli atti del pubblico ministero a risaltare, ma è soprattutto il tessuto argomentativo che si fonde con i risultati delle indagini a costituire il nucleo del contraddittorio [...]” (A. MACCHIA, *L'udienza preliminare*, cit., 38 s.).

nordamericano. Infatti, nel sistema processuale italiano, “la completezza della *discovery* è funzionale allo svolgimento dell’udienza preliminare nel contraddittorio delle parti [...]; [invece], la *preliminary hearing* e gli atti processuali attraverso i quali essa si snoda, sono utilizzati dalle parti in chiave di *discovery* per giungere al dibattimento con una conoscenza approfondita delle prove in possesso dell’avversario”²³⁵.

L’art. 416 comma 2 c.p.p. è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale, sulla base del presupposto che da tale norma non discende un obbligo per il magistrato del pubblico ministero di trasmettere al giudice per le indagini preliminari l’intero fascicolo. La Corte ha tuttavia respinto tale assunto²³⁶ sulla base di diverse argomentazioni. In primo luogo, la formulazione letterale della norma non autorizza una tale conclusione, posto che essa si riferisce alla “documentazione relativa alle indagini espletate”, senza alcuna limitazione. In secondo luogo, la Corte ha preso in considerazione l’art. 130 comma 1 disp. att. c.p.p., ove si prevede che “se gli atti d’indagine preliminare riguardano più persone o imputazioni, il pubblico ministero forma il fascicolo previsto dall’art. 416 comma 2 del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l’azione penale”. Anche in relazione a tale disposizione, il Giudice delle leggi ha escluso l’esistenza “di un potere

²³⁵ G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., 170.

²³⁶ Corte costituzionale, sent. 145 del 5 aprile 1991, in *Cass. pen.*, 1991, II, 486 ss.

discrezionale del pubblico ministero in ordine alla documentazione da trasmettere a sostegno della richiesta. Il potere di scelta del pubblico ministero è collegato alla scelta da effettuarsi in ordine alla separazione dei fascicoli [...]. Il pubblico ministero è tenuto alla trasmissione integrale del fascicolo con la sola eccezione degli atti che concernono imputati diversi o imputazioni diverse da quelle per cui viene esercitata l'azione penale". Infine, altro importante tassello della tesi fatta propria dalla Corte, è l'art. 419 comma 3 c.p.p., il quale prevede l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio; dal che si desume la necessità della completezza del materiale conoscitivo da sottoporre al vaglio dell'udienza preliminare.

Argomentazioni certamente condivisibili. Gli ultimi due punti presi in considerazione dalla Corte meritano tuttavia di essere approfonditi. Invero, se non si può non escludere che il magistrato del pubblico ministero abbia un potere discrezionale che gli consenta di scoprire solo gli atti che ritiene necessari e sufficienti per spuntare il rinvio a giudizio, tuttavia, nell'ipotesi in cui l'indagine abbia ad oggetto una pluralità di fatti o si rivolga verso una pluralità di soggetti, sembra difficile contestare che la scelta in ordine alla separazione delle posizioni, pur rispondendo alle oggettive necessità del procedimento, finisce con il tradursi anche in una selezione degli atti che vengono trasmessi. Ed anzi, l'art. 130 disp. att. c.p.p. ha proprio questa funzione. E' palese allora il rischio di una prassi deviante in ordine a tale selezione, soprattutto in considerazione del fatto che è essa non è

soggetta ad alcun controllo, potendo accadere, come segnalato in dottrina, che venga “sottratto al contraddittorio delle parti ed all’esame del giudice dell’udienza preliminare un atto, eventualmente idoneo a fornire elementi a discarico, o magari ulteriori elementi a carico”²³⁷. Del resto, tali preoccupazioni furono ben presenti alla dottrina fin dall’inizio, evidenziandosi come la situazione si prestava a possibili abusi, essendo rimesso il corretto funzionamento del sistema, sotto questo profilo, all’autoresponsabilità ed alla correttezza del magistrato del pubblico ministero, chiamato ad agire come organo imparziale²³⁸. In realtà, la giusta soluzione del problema non sembra che si possa individuare avendo riguardo al solo dettato codicistico, ma avendo riguardo alla gerarchia dei valori costituzionali, che in sede di applicazione della normativa ordinaria, assume rilievo non solo quale criterio ermeneutico, ma anche ai fini dell’individuazione della disciplina precettiva immediatamente applicabile al caso concreto. Nel corso dei lavori preparatori, invero, era emersa una tesi che mirava alla definizione di una soluzione per così dire endocodicistica. Infatti, il Consiglio Superiore della magistratura, nell’esprimere il proprio parere sulle norme di attuazione del codice di procedura

²³⁷ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 584. In dottrina si è però affermato che “non è del tutto vero, in realtà, che gli strumenti di controllo non esistano. A parte ogni rilievo sulla possibilità di attivazione difensiva per la produzione di documenti ulteriori o per la segnalazione della loro esistenza, esiste per l’udienza preliminare lo strumento dell’art. 422 c.p.p., così come residuano i poteri istruttori del giudice dibattimentale” (G. LEO, *Problemi dell’udienza preliminare*, in *Ind. pen.*, 1996, 491).

²³⁸ A. MACCHIA, *L’udienza preliminare*, cit., 38; A. NAPPI, *Profili dell’udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 515; P. DELLA SALA, “*Brevi considerazioni sull’udienza preliminare*”, cit., 89; N. BARTONE, *Aspetti patologici dell’udienza preliminare*, cit., 685; D. POTETTI, *Il supplemento istruttorio di cui all’art. 422 c.p.p. ed altri meccanismi d’integrazione probatoria nell’udienza preliminare: il g.u.p. è ancora un giudice inutile?*, in *Cass. pen.*, 1999, IV, 2314.

penale, proposte, inascoltato, che il deposito relativo alle indagini non ancora completate, fosse non contestuale ma successivo al deposito della richiesta di rinvio a giudizio, salvaguardandosi in tal modo l'esigenza di segretezza connessa alla continuazione delle indagini per gli altri indagati o per le altre notizie di reato.

Non essendo stata accolta tale proposta, si ritiene che un deposito successivo sia possibile per il magistrato del pubblico ministero, ma limitatamente alle indagini suppletive ed integrative ai sensi degli artt. 419 comma 3 e 430 c.p.p.²³⁹.

Tali considerazioni inducono pertanto a ritenere che sia indispensabile un intervento legislativo su questo punto, anche se gli spazi di manovra sembrano assai ristretti, in quanto, com'è stato osservato, "i valori costituzionali connessi alla *discovery* (e nella specie il diritto alla difesa ed al contraddittorio) non sembrano trovare una loro compressione in virtù di esigenze legate alla segretezza investigativa riferita ad altre persone; è la stessa finalità dell'udienza preliminare che non tollera limiti circa la conoscenza di atti rilevanti e già disponibili per l'accusa"²⁴⁰. Né vale obiettare che nessuna perplessità dovrebbe suscitare la necessità di garantire il segreto, rispetto alle indagini relative a fatti per i quali l'esercizio dell'azione penale non è ancora maturo, ponendosi esso come residuo di quella riservatezza che ha già caratterizzato il procedimento per le indagini preliminari, anche per quei fatti per i quali il magistrato del pubblico ministero si è

²³⁹ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa dell'udienza preliminare*, 180.

²⁴⁰ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 29.

indotto a richiedere il rinvio a giudizio. Durante le indagini preliminari, infatti, la segretezza delle indagini è da un lato necessitata, per non pregiudicare il lavoro investigativo, e dall'altro giustificata, sia perché il procedimento avviato potrebbe tradursi in un nulla di fatto, e quindi sarebbe del tutto fuori luogo impegnare l'indagato in attività difensive, con gli inevitabili costi umani ed economici²⁴¹, sia perché posta a tutela della riservatezza dello stesso indagato. Invece, una volta esercitata l'azione penale e quindi iniziato il processo con la formulazione dell'imputazione, il segreto investigativo deve cedere rispetto al diritto di prepararsi adeguatamente in vista dell'udienza preliminare, esercitando in quella sede il diritto di difesa, grazie alla conoscenza di tutto il materiale raccolto dall'organo dell'accusa. Ed è appunto sulla base di queste considerazioni che in dottrina si è detto che “in nessun caso va omessa la trasmissione di materiale in qualche misura riguardante anche l'imputato o gli imputati per i quali la richiesta di rinvio a giudizio è stata esperita”²⁴². Non si può nascondere che la soluzione

²⁴¹ A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 480.

²⁴² A. SCALFATI, *op. cit.*, 29; nello stesso senso, G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 584. L'opinione è invece contestata da chi afferma che “la scelta di coprire anche per il giudice dell'udienza preliminare – ed a maggior ragione per le parti private – ogni dato processuale asseritamente estraneo al fatto pubblicamente perseguito non è altro che l'espressione della scelta più ampia di consentire che, per un certo periodo, le indagini per fatti penalmente rilevanti siano segrete. Naturalmente, la garanzia del segreto crea il rischio che siano taciuti dati probatori rilevanti per la decisione sul fatto. Ma non avrebbe senso – a livello costituzionale – distinguere tra garanzie che prevengano tale evento a seconda della collocazione della fonte di quei dati” (G. LEO, *Problemi dell'udienza preliminare*, cit., 491). In senso decisamente contrario alla tesi qui sostenuta è anche la giurisprudenza, che in merito agli artt. 416 comma 2 c.p.p. e 130 disp. att. c.p.p., riconosce al magistrato del pubblico ministero “in via esclusiva un potere deliberativo” ed “una sorta di arbitrio nella selezione degli atti”, ritenuto legittimo sotto il profilo costituzionale (Cassazione penale, sez. II, 13 luglio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 509; Giudice per le indagini preliminari di Milano, 5 febbraio 1999, in *Foro ambrosiano*, 1999, 187)

prospettata, sebbene, sembra, costituzionalmente imposta, è assolutamente radicale e rischia di vanificare del tutto la prosecuzione delle indagini per le posizioni stralciate. Tuttavia, occorre non enfatizzare tali preoccupazioni e prendere atto che esse in buona parte possono essere ridimensionate, grazie ad un appropriato uso della disciplina della proroga del termine delle indagini *ex artt. 406 ss. c.p.p.*

Chiarito il profilo per così dire quantitativo dell'obbligo del magistrato del pubblico ministero, rimane da valutare la medesima problematica dal punto di vista temporale. Infatti, com'è stato rilevato in dottrina, l'obbligo del magistrato del pubblico ministero di depositare la documentazione relativa alle indagini espletate è "permanente"²⁴³ in quanto esso riguarda anche gli atti d'indagine compiuti dopo il deposito della richiesta di rinvio a giudizio, e nella specie, quelli svolti sia prima dell'udienza preliminare (art. 419 comma 3 c.p.p.), sia dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio (art. 430 c.p.p.). L'argomento delle indagini suppletive è per la verità già stato ampiamente trattato in precedenza²⁴⁴. Tuttavia, non pare inutile un'ulteriore riflessione, attese le evidenti implicazioni sotto il profilo della *discovery*.

Si è già detto delle diverse tesi emerse in dottrina e giurisprudenza, a proposito dell'individuazione del limite temporale per il compimento delle indagini suppletive²⁴⁵. Occorre ora verificare se quest'istituto può in qualche misura

²⁴³ A. SCALFATI, *op. cit.*, 28.

²⁴⁴ Si veda *retro*, 3.5, pag. 143 ss.

²⁴⁵ Prescindiamo in questa sede dalla tematica delle indagini integrative *ex art. 430 c.p.p.*

pregiudicare la posizione dell'imputato, in vista dell'udienza preliminare. In via patologica potrebbe accadere, infatti, che il magistrato del pubblico ministero trasmetta integralmente al giudice il fascicolo contenente la documentazione relativa agli atti fino a quel momento compiuti, ma si riservi di compiere una consistente attività investigativa solo dopo il deposito della richiesta di rinvio a giudizio. Ciò in attuazione di una strategia accusatoria che se formalmente rispetta il dettato codicistico, nella sostanza è volta ad eludere l'obbligo di *discovery*, al fine di cogliere impreparata la difesa in sede di udienza preliminare. Un tale comportamento sarebbe certamente contrario alla deontologia del magistrato del pubblico ministero, ma allo stato, l'unica tutela è ravvisabile nell'orientamento della Corte costituzionale, che come visto ha riconosciuto al giudice dell'udienza preliminare la possibilità di disporre "congrui differimenti" a garanzia di un effettivo contraddittorio. In termini più generali si è poi osservato che "è auspicabile il massimo rigore del giudice dell'udienza preliminare nel vaglio dell'idoneità, sia qualitativa che quantitativa, degli elementi portati a sostegno dell'accusa, poiché solo in tal caso i magistrati del pubblico ministero saranno scoraggiati dal ricorso a pratiche elusive della piena *discovery*, in quanto costretti a fornire subito tutti gli elementi per sostenere l'accusa"²⁴⁶. D'altra parte, anche a prescindere da questo profilo, in una visione sistematica, sembra corretto affermare che il magistrato del pubblico ministero abbia l'obbligo di trasmettere la

²⁴⁶ D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 265.

documentazione relativa agli atti d'indagine suppletiva, subito dopo averli compiuti, e ciò sia che si propenda per un'applicazione analogica della disciplina dettata per le indagini integrative *ex art. 430 c.p.p.*²⁴⁷, sia che, pur esclusa tale analogia, si ritenga, come fa la Corte costituzionale, che la mancanza di una disposizione *ad hoc* non fa venir meno l'obbligo della *discovery* anche per gli atti d'indagine successivi alla richiesta di rinvio a giudizio, che quindi devono essere depositati “immediatamente non appena formati, nella cancelleria del giudice”²⁴⁸. Tale interpretazione consente in qualche misura di ridurre gli inconvenienti inevitabilmente connessi all'applicazione del c.d. principio di continuità delle indagini. In effetti, la dilatazione temporale del potere investigativo del magistrato del pubblico ministero, può comportare conseguenze seriamente pregiudizievoli sulle determinazioni dell'imputato in ordine alla scelta del rito. Si supponga, ad esempio, che il magistrato del pubblico ministero, pur sapendo di dover e poter approfondire un determinato filone investigativo, da cui è possibile desumere ulteriori elementi a carico dell'indagato, ritenga che l'attività d'indagine fino a quel punto svolta sia sufficiente per ottenere il rinvio a giudizio. Solo dopo il deposito della relativa richiesta, il magistrato del pubblico ministero compie il supplemento investigativo, trattenendo la relativa documentazione e depositandola solo al momento dell'inizio della discussione in udienza preliminare, ai sensi dell'art. 421

²⁴⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 378.

²⁴⁸ Corte costituzionale, sent. 16/94 cit.

comma 3 c.p.p. Ora, si è visto in precedenza che l'art 419 comma 5 c.p.p. prevede la facoltà dell'imputato di rinunciare all'udienza preliminare, richiedendo il giudizio immediato. Tuttavia, la relativa richiesta deve essere presentata in cancelleria almeno tre giorni prima dell'udienza, il che potrebbe determinare l'imputato a compiere questa scelta, ignorando gli ulteriori elementi che il magistrato del pubblico ministero ha raccolto o sta raccogliendo a suo carico. Analoghe considerazioni valgono per quanto riguarda il giudizio abbreviato, ed anche a prescindere dal fatto che le indagini suppletive siano frutto di una precisa strategia volta a ritardare il momento della *discovery*. Anche in questo caso, però, non pare opportuno esagerare il peso di tali preoccupazioni, posto che, come è stato osservato in dottrina, "l'incompletezza delle indagini, e quindi una loro eventuale apparente debolezza induce l'imputato ad omettere la scelta del rito deflattivo"²⁴⁹.

Come accennato, non pare possibile individuare una specifica sanzione, per lo meno sul piano endoprocessuale, con riguardo al comportamento del magistrato del pubblico ministero in materia di indagini suppletive, ed anzi, anche a prescindere dal problema dei tempi di tali indagini, occorre prendere atto che il codice sembra inequivocabilmente legittimare il deposito della relativa documentazione fino all'inizio della discussione *ex art. 421 comma 3 c.p.p.* Il profilo sanzionatorio assume invece una concreta rilevanza per quanto attiene alla violazione del disposto dell'art. 416 comma 2 c.p.p. In dottrina si è osservato che "il nostro

²⁴⁹ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 385.

sistema esclude con perentorietà che sia consentito al pubblico ministero di trattenere per sé gli atti d'indagine, al fine, per esempio, di mantenere la segretezza, la quale verrebbe assurdamente a riguardare anche il giudice dell'udienza preliminare; oppure, per essere in grado di giocare, nell'ambito dell'udienza preliminare ovvero anche a dibattimento, sul fattore sorpresa onde pervenire, a suo avviso utilmente, alla tutela dell'interesse accusatorio [...]. Sarebbe una pratica illegale, ed anzi, gravemente abusiva dei poteri allo stesso organo attribuiti²⁵⁰. Il vero problema, però, è quello dell'individuazione delle sanzioni sul piano processuale.

In dottrina si è tuttavia sostenuto che “la lesione dei diritti della difesa è evidente, ma solo con una certa forzatura interpretativa è possibile eccepire la violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p., mentre l'inutilizzabilità dell'atto potrebbe avere rilievo solo nell'ipotesi di un suo uso probatorio, come atto irripetibile o per le contestazioni²⁵¹. La tesi, per quanto discutibile, mette però in evidenza che occorre distinguere due diversi aspetti, ossia quello dell'eventuale invalidità, e quello della non utilizzabilità degli atti d'indagine compiuti ma non investiti dalla *discovery*.

Sotto il primo profilo, in giurisprudenza si è ritenuto che la mancata trasmissione al giudice dell'udienza preliminare di alcuni atti d'indagine – nella

²⁵⁰ C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, cit., 630 s.

²⁵¹ D. BIELLI, *loc. cit.*

specie si trattava di nastri magnetici relativi ad intercettazioni telefoniche – determina una violazione del diritto di difesa, con conseguente nullità dell’udienza preliminare e degli atti successivi *ex art. 178 lett. c) c.p.p.*²⁵². La pronuncia, per la verità piuttosto isolata, è stata condivisa da parte della dottrina²⁵³, mentre altri individua la sanzione nel secondo profilo citato, vale a dire quello dell’inutilizzabilità²⁵⁴. La questione merita di essere approfondita.

Si può ritenere che, da un punto di vista sia strettamente normativo che sistematico, è difficilmente contestabile la lesione del diritto di difesa. L’art. 178 lett. c) c.p.p. prevede che è sempre prescritta a pena di nullità l’osservanza delle disposizioni concernenti l’intervento, l’assistenza e la rappresentanza dell’imputato. Una *discovery* parziale, quindi, certamente pregiudicherebbe la posizione dell’imputato, sotto il profilo dell’effettiva assistenza in sede di udienza preliminare. Anche in termini sistematici, la soluzione non sembra essere diversa. Si è già visto che il codice, già nella formulazione originaria, aveva anticipato il deposito della documentazione delle indagini rispetto a quanto previsto dalla legge delega. Nella *Relazione* si legge che “un simile adempimento è sembrato indispensabile al fine di rendere possibile all’imputato ed al suo difensore di

²⁵² Corte d’Assise di Catanzaro, 25 novembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 759.

²⁵³ G. LEO, *Problemi dell’udienza preliminare*, cit., 491; A. SCALFATI, *L’udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 29. In precedenza nello stesso senso, P. DELLA SALA, “*Brevi considerazioni sull’udienza preliminare*”, cit., 92. Gli autori citati considerano l’invalidità in argomento come un’ipotesi di nullità a regime intermedio *ex art. 180 c.p.p.*, mentre altri discorre di nullità assoluta (G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 585).

²⁵⁴ O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 68.

compiere le scelte nell'ambito delle diverse alternative poste dai riti differenziati. Solo prendendo visione di tutti gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari, l'imputato è in grado di stabilire se sia conveniente, ai fini della sua difesa, rinunciare all'udienza preliminare, richiedere il giudizio abbreviato, ovvero richiedere l'applicazione della pena²⁵⁵. A tali considerazioni in dottrina si è aggiunto che l'anticipazione merita una valutazione positiva, in quanto rende possibile un effettivo contraddittorio tra le parti, evitandosi in tal modo che il giudice dell'udienza preliminare si riduca ad un mero passacarte, impossibilitato ad una reale valutazione della consistenza dell'accusa, con un sostanziale appiattimento sulle posizioni del magistrato del pubblico ministero, con la conseguenza che l'udienza preliminare non riesce a svolgere la sua funzione di filtro.

Pertanto, sulla base di tutte queste considerazioni, nell'ipotesi di *discovery* parziale, la conseguenza non potrà che essere la nullità ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p., con conseguente regressione del procedimento *ex art.* 185 c.p.p. ed adempimento dell'obbligo trasmissione di tutta la documentazione.

Tuttavia, la tesi qui sostenuta, come accennato, è tutt'altro che pacifica. In dottrina si è detto che gli atti non inseriti *ab initio* nel fascicolo, non potranno essere prodotti in udienza preliminare o nel dibattimento, e quindi non saranno più

²⁵⁵ *Relazione*, cit., 102.

F. ROBERTI, *L'udienza preliminare. Poteri delle parti ed iniziative del giudice*, cit., 19.

utilizzabili²⁵⁶. Altri, in senso solo apparentemente difforme, ritiene che non possono essere legittimamente acquisiti in dibattimento atti non inseriti né nel fascicolo del pubblico ministero né nel fascicolo per il dibattimento e pertanto si esclude la loro utilizzabilità ai fini della deliberazione *ex art. 526 c.p.p.*²⁵⁷. In giurisprudenza si è tuttavia sostenuto che “gli atti possono essere acquisiti, e conseguentemente utilizzati, dal giudice del dibattimento *ex art. 507 c.p.p.*, attesa la natura sostanziale di tale norma che è diretta alla ricerca della verità, indipendentemente dalla vicende processuali che determinano la decadenza della parte dal diritto alla prova”²⁵⁸. A parte tale ultimo discutibile orientamento, che arriva ad una soluzione radicalmente opposta a quella qui accolta, la giurisprudenza è invece generalmente propensa a sostenere l’inutilizzabilità della documentazione non prodotta tempestivamente dal magistrato del pubblico ministero²⁵⁹. Si è anche affermato che nessuna violazione del principio del contraddittorio e nessuna lesione dei diritti della difesa si configura nell’ipotesi in cui si sia proceduto all’istruzione dibattimentale, in mancanza del deposito da parte del magistrato del pubblico ministero della documentazione relativa alle indagini espletate, in un

²⁵⁶ O. DOMINIONI, *loc. cit.*

²⁵⁷ A. NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, 2000, 345.

²⁵⁸ Cassazione penale, sez. I, 13 febbraio 1997, n. 5364, in *Cass. pen.*, 1998, 1134. Nella fattispecie, il giudice di primo grado aveva disposto l’acquisizione agli atti, in forza dell’art. 507 c.p.p., di tabulati relativi a conversazioni telefoniche che non erano stati prodotti per l’udienza preliminare. Il giudice d’appello aveva però ritenuto che i tabulati stessi non potevano essere utilizzati ai fini della decisione, non essendo stati depositati dal magistrato del pubblico ministero *ex art. 416 c.p.p.*

²⁵⁹ Da ultimo, Cassazione penale, sez. I, 10 febbraio 2000, n. 7227, in *Diritto e Giustizia*, n. 10/2000, 10 s.

procedimento separato, nei confronti dei presunti concorrenti nel reato ascritto all'imputato, quando tali atti non siano stati utilizzati nel dibattimento, neppure per le contestazioni²⁶⁰. L'orientamento è stato condiviso da parte della dottrina, che ha ritenuto quindi legittima l'acquisizione *ex art. 238 c.p.p.* di atti relativi ad un procedimento penale separato²⁶¹. In senso contrario, tuttavia, si è osservato che in tal modo si “mescola l'utilizzabilità dibattimentale degli atti non trasmessi con la lesione partecipativa procurata dall'inadeguata conoscenza per l'udienza preliminare”²⁶², concludendosi che a tutto concedere, in ogni caso in cui il magistrato del pubblico ministero non trasmette taluni atti d'indagine, questi possono essere ritenuti *anche* non utilizzabili. La tesi appare condivisibile, ma sembra necessaria una precisazione. E' certamente corretto affermare che non si possono confondere due questioni diverse, ossia quella dell'eventuale invalidità e quella dell'inutilizzabilità, ma la conclusione che se ne trae non è appropriata. Non si può dire che gli atti sono *anche* inutilizzabili, presupponendo che essi sono nulli. In tal modo, infatti, si finisce per fare quella confusione che invece si è affermato di voler escludere.

La questione sembra si possa porre in questi termini. Si supponga che il magistrato del pubblico ministero, al momento dell'esercizio dell'azione penale effettui un deposito solo parziale della documentazione relativa alle indagini svolte,

²⁶⁰ Cassazione penale, sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245, in *Arch. nuova proc. pen.*, 231.

²⁶¹ A NAPPI, *loc. cit.*

²⁶² A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 29.

riservandosi – per ragioni che in questa sede non interessano – di produrre la parte restante solo in un momento successivo. A questo punto ben agirebbe quel giudice dell'udienza preliminare che, magari su sollecitazione del difensore dell'imputato, disponga il rinvio ad altra udienza, stabilendo un termine entro il quale il magistrato del pubblico ministero deve depositare gli atti d'indagine non ancora acclusi al fascicolo.

Si ipotizzi, invece, che il magistrato del pubblico ministero voglia effettuare il deposito *in limine* dell'udienza preliminare, al momento dell'inizio della discussione. Anche in questo caso la conclusione non può essere diversa. Il giudice non potrebbe ammettere tali documenti ai sensi dell'art. 421 comma 3 c.p.p., ma dovrebbe poter disporre il rinvio. Se invece ammette i documenti, allora si verifica la nullità dell'udienza preliminare e di tutti gli atti conseguenti. L'invalidità, dunque, attiene non agli atti ammessi, in quanto tali, ma all'omissione della tutela del diritto al contraddittorio da parte del giudice dell'udienza preliminare che ha ammesso quei documenti, che invece non avrebbe dovuto ammettere. L'atto, quindi, potrebbe essere in sé pienamente valido; è la procedura che è viziata.

Sarebbe invece il problema dell'inutilizzabilità a riguardare l'atto. Ma, come poi giustamente si è osservato, se si accede alla tesi della nullità, la regressione del procedimento ed il conseguente assolvimento dell'obbligo di trasmissione neppure

pongono la questione della successiva inutilizzabilità, “fenomeno che invece opererebbe se la nullità fosse ineducibile o, comunque, sanata”²⁶³.

Sulla base di queste considerazioni appare pertanto non condivisibile l'affermazione di chi osserva che sostenere la tesi della nullità, potrebbe tradursi in un *bumerang* per la difesa, allorché gli atti non trasmessi dal magistrato del pubblico ministero, riguardino elementi tendenzialmente a favore dell'indagato. In questo caso, infatti, si opina che si determinerebbe la definitiva perdita dell'atto nullo, in forza del divieto di regressione nel caso di nullità delle prove *ex art. 185 comma 4 c.p.p.*²⁶⁴. La tesi sembra non poter essere accolta, tra l'altro anche perché l'invalidità non colpisce l'atto.

3.11 segue: b) la scelta dei riti differenziati.

Problema strettamente connesso a quello della *discovery* è quello che attiene alla scelta dei riti differenziati. Se da un lato, infatti, la *discovery* è funzionale all'instaurazione del contraddittorio, dall'altro, la piena conoscenza dei risultati delle indagini consente una consapevole scelta dei meccanismi alternativi di definizione del procedimento, e, nella specie, giudizio immediato, giudizio abbreviato ed applicazione della pena su richiesta delle parti. Ne deriva che la

²⁶³ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 30.

²⁶⁴ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 181.

discovery non risponde solo ad un diritto dell'imputato in funzione dell'udienza preliminare, ma è strumento essenziale per un corretto funzionamento del sistema processuale. La decongestione di quest'ultimo, attraverso l'attuazione di riti alternativi che consentano una rapida definizione della causa, soddisfa, infatti, non solo e non tanto un interesse di parte, ma soprattutto un'esigenza di efficienza. Ciò porta anche a valutare in una diversa prospettiva il dovere di *discovery* del magistrato del pubblico ministero. Questi, infatti, se assume ad obiettivo della sua azione il rapido ed efficiente esercizio della sua funzione, non solo è obbligato a rendere noti i risultati delle sue indagini, ma avrà uno specifico interesse a scoprire le sue carte, potendo egli in tal modo indurre l'imputato, quando l'accusa sia supportata da elementi consistenti, a seguire la strada del procedimento speciale, per poter usufruire dei relativi vantaggi in termini di pena. A tal proposito, in dottrina si è giustamente osservato che "è impensabile che un imputato, che è anche spesso l'unico a conoscere la verità e le sue responsabilità, se posto di fronte ad un'accusa fondata su elementi solidi, ancorché privi di valore probatorio ai fini del giudizio dibattimentale, rifiuti di ricorrere ai procedimenti predisposti per una soluzione anticipata e rapida del processo, ossia il rito abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti"²⁶⁵. La *discovery*, quindi, sotto questo profilo, serve anche a prevenire eventuali tattiche dilatorie della difesa, posta di fronte alla prospettiva di una condanna, ragionevolmente probabile. Per quanto concerne poi il

²⁶⁵ D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 266.

giudizio immediato, si sono già viste in precedenza le ragioni che possono indurre l'imputato a rinunciare all'udienza preliminare ed a propendere per la rapida instaurazione del dibattimento, eventualmente per ottenere un'assoluzione pubblica, con le conseguenti maggiori garanzie sul piano della tutela dell'onorabilità e dell'immagine. Anche sotto questo profilo, dunque, l'esigenza di una più rapida definizione può essere garantita.

Tralasciando tuttavia l'ipotesi in cui l'imputato rinuncia all'udienza preliminare per chiedere il giudizio immediato²⁶⁶, è necessario invece soffermarsi sul giudizio abbreviato e sull'applicazione della pena su richiesta delle parti. Per ovvie ragioni, in questa sede non è però possibile compiere un esame completo e sistematico di questi istituti, ma possono essere valutati solo gli aspetti più direttamente interferenti con il tema *de quo*. Inoltre, coerentemente con l'impostazione di questo lavoro, si prenderanno separatamente in considerazione le rilevanti modifiche introdotte dalla nuova legislazione processualpenalistica, limitandosi per ora all'assetto originario della disciplina in questione.

Si è visto che l'udienza preliminare è o dovrebbe essere fase istituzionalmente preordinata alla verifica dell'accusa, in funzione dell'eventuale successivo dibattimento. L'oggetto del giudizio, quindi, non attiene alla responsabilità dell'imputato, in termini di colpevolezza od innocenza, ma all'utilità o meno della celebrazione del pubblico dibattimento, esaurendosi in una verifica di carattere

²⁶⁶ Sul punto ci si è già in precedenza ampiamente soffermati. Si veda *retro*, 3.7 pag. 159 ss.

endoprocessuale. Tuttavia, l'udienza preliminare può anche trasformarsi in giudizio abbreviato, che è giudizio di merito pieno, perché destinato a concludersi con una sentenza di condanna o di assoluzione. L'art. 438 comma 1 c.p.p., nella sua originaria formulazione, prevedeva che "l'imputato può chiedere, con il consenso del pubblico ministero, che il processo sia definito nell'udienza preliminare". In dottrina si osservava che in tal modo, l'udienza preliminare assolveva "un'altra importante funzione nell'economia del nuovo processo, consentendo alle parti di pervenire a quella transazione sul rito cui è in gran parte affidata la possibilità che le strutture della nostra organizzazione giudiziaria reggano la riforma". Nella *Relazione*, infatti, mentre si qualificava l'applicazione della pena su richiesta delle parti come "patteggiamento sulla pena", per il giudizio abbreviato si usava la dizione "patteggiamento sul rito"²⁶⁷, in quanto l'accordo tra magistrato del pubblico ministero ed imputato riguardava solo il rito semplificato da seguire, con la contropartita, per il secondo, in caso di condanna, derivante dalla riduzione della

²⁶⁷ *Relazione*, cit., 105. Sul punto, E. SELVAGGI, "Giudizio abbreviato", Digesto (disc. pen.), V, Utet, Torino, 1991, 514. Per una valutazione critica di tale distinzione, A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 631.

pena di un terzo²⁶⁸. Oggi, in virtù della nuova disciplina dettata dalla l. 479/99, la tematica del giudizio abbreviato va valutata in una diversa prospettiva. Ciò che tuttavia rimane immutato, è la connotazione del giudizio abbreviato come procedimento speciale che trova la sua naturale collocazione nell'ambito dell'udienza preliminare. Sebbene, infatti, il giudizio abbreviato possa essere richiesto in sede opposizione al decreto penale di condanna, di giudizio immediato e giudizio direttissimo, esso di norma si configura come uno sviluppo dell'udienza preliminare. Ciò riconosciuto, in dottrina, condivisibilmente, si osservava che proprio la pluralità di occasioni per introdurre il giudizio abbreviato, faceva comprendere che esso “non è speciale perché la sentenza che lo definisce viene emessa nell'udienza preliminare [...] ma perché finalizzato ad una decisione di merito che, con il consenso del pubblico ministero, il giudice pronuncia, in alternativa al dibattimento, nell'udienza preliminare o, in luogo del dibattimento, in

²⁶⁸ E' da segnalare che nel caso del giudizio abbreviato è prevista una riduzione della pena nella misura fissa di un terzo, e non *fino ad un terzo*, a differenza di quanto accade con il patteggiamento. Ciò, come segnalato in dottrina (D. SIRACUSANO, *Per una revisione del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1994, I, 474 s.), può suscitare qualche perplessità, sotto il profilo dell'omogeneizzazione di situazioni profondamente diverse sul piano processuale. Altra questione è quella della natura giuridica della diminuzione della pena. La dottrina maggioritaria ritiene che essa non sia da riconnettere ad una “circostanza”, alla stregua del linguaggio utilizzato dal codice penale, ma debba essere considerata come una mera diminuzione processuale “di natura ontologicamente diversa dalle circostanze attenuanti” (L.D. CERQUA, *Riti alternativi ed incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cass. pen.*, 1992, II, 1703. Nello stesso senso, D. MANZIONE, *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, I, 144; E. VENAFRO, *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, II, 1107 ss., la quale ultima sottolinea che “la *ratio* di queste attenuanti - previste per il giudizio abbreviato ed il patteggiamento – sembra poggiare su di un'istanza di prevenzione generale; nella necessità, cioè, di rendere la giustizia penale più efficiente, in termini di rapidità e, quindi, di economia processuale. La pena diminuita recupererebbe la sua forza di deterrenza sul piano della prontezza della sua applicazione; si teme infatti maggiormente una pena relativamente bassa, ma della cui applicazione si è certi, piuttosto che una pena elevata ma del tutto aleatoria”.

camera di consiglio, quando la richiesta sia formulata nel corso di un dibattimento già fissato con decreto di giudizio immediato, nelle forme del giudizio direttissimo o quando segua ad una dichiarazione di opposizione a decreto penale di condanna²⁶⁹. Al di là di ciò, quel che veramente interessa è indagare i tempi, i modi ed i presupposti del giudizio abbreviato.

In forza dell'art. 439 c.p.p., ora abrogato dall'art. 28 della l. 479/99, la richiesta di giudizio abbreviato poteva essere presentata prima dell'udienza preliminare (almeno cinque giorni) o nel corso dell'udienza stessa, fino al momento delle conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. La richiesta dell'imputato, cui tutt'ora spetta l'iniziativa volta all'introduzione di questo rito, presentata per iscritto per l'udienza preliminare od oralmente nel corso della stessa, doveva essere corredata dal consenso del magistrato del pubblico ministero. Nella *Relazione* si affermava che "il potere del pubblico ministero è al riguardo pieno, nel senso che la sua scelta dell'uno o dell'altro tipo di procedimento non è sindacabile dal giudice, onde al dissenso del pubblico ministero sulla richiesta di giudizio abbreviato è attribuita un'efficacia ostativa all'esperibilità di tale procedimento"²⁷⁰. Pertanto, la decisione del magistrato del pubblico ministero di consentire al giudizio abbreviato si configurava come valutazione assolutamente discrezionale, svincolata da parametri obiettivi idonei a giustificarla. Essa non doveva in alcun modo essere

²⁶⁹ M. FERRAIOLI, "Giudizio abbreviato", cit., 15 s.

²⁷⁰ *Relazione*, cit., 104.

motivata e finiva con il fondarsi su considerazioni del tutto personali, attinenti, per esempio, alla volontà di deferire la decisione ad un giudice collegiale anziché monocratico, alla pubblicità dell'udienza, eventualmente privilegiata rispetto alla definizione in camera di consiglio, oltre naturalmente alla valutazione dell'organo dell'accusa in ordine alla definibilità del processo allo stato degli atti²⁷¹.

Il Giudice delle leggi ebbe tuttavia a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina in tema di giudizio abbreviato²⁷², nella parte in cui non prevedeva né che il magistrato del pubblico ministero, in caso di dissenso, fosse tenuto ad indicarne le ragioni, né che il giudice, concluso il dibattimento, ritenuto ingiustificato il suo dissenso, potesse applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442 c.p.p.²⁷³.

Nell'impianto originario del codice, anche la valutazione del giudice dell'udienza preliminare, in ordine alla richiesta di giudizio abbreviato, era insindacabile. Nella *Relazione*, infatti, si affermava che “la scelta delle parti in ordine al rito non forma oggetto di controllo del giudice se non sotto il limitato aspetto che egli ritenga di poter decidere allo stato degli atti”²⁷⁴. Sennonché, la Corte, così come aveva ritenuto che date le ripercussioni derivanti dall'accesso al rito abbreviato sul piano sostanziale del trattamento sanzionatorio, quest'ultimo

²⁷¹ G. LATTANZI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 1988, 2197; *Relazione*, cit., 104.

²⁷² Nella specie, del combinato disposto degli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p.

²⁷³ Corte costituzionale, 15 febbraio 1991 n. 81, in *Giust. pen.*, 1991, I, 97.

²⁷⁴ *Relazione*, loc. cit.

non poteva dipendere da insindacabili e discrezionali determinazioni della parte pubblica, pervenne ad un'analogia decisione per quanto concerne la valutazione del giudice dell'udienza preliminare. Ne derivò la dichiarazione dell'illegittimità della disciplina del giudizio abbreviato, nella parte in cui non si prevedeva che il giudice, all'esito del dibattimento, sulla base di una prognosi postuma *ex ante*, ritenuto che il processo, con il consenso dell'imputato e del magistrato del pubblico ministero, era suscettibile di essere definito allo stato degli atti, poteva applicare la riduzione della pena di un terzo²⁷⁵. La Corte rilevò, infatti, che "l'esclusione di un controllo da parte del giudice del dibattimento, diretto a verificare la sussistenza del presupposto della decidibilità allo stato degli atti, limiterebbe in modo irragionevole il diritto di difesa dell'imputato, nell'ulteriore svolgimento del processo, su di un aspetto che ha conseguenza sul piano sostanziale".

Le decisioni della Corte costituzionale portarono la dottrina ad affermare che lo sconto di pena "cessa di essere relegato tra gli incentivi alla scelta del rito per divenire, in buona sostanza, una legittima aspettativa dell'imputato che non può essere messa nel nulla da discrezionali o immotivati atteggiamenti della controparte"²⁷⁶. Aspetto di grande interesse era poi la dissociazione della riduzione di pena dall'effettiva adozione del rito abbreviato. Caratteristica del nuovo procedimento speciale, infatti, così come concepito dal legislatore del 1988, era la

²⁷⁵ Corte costituzionale, 31 gennaio 1992 n. 23, in *Cass. pen.*, 1992, I, 105.

²⁷⁶ D. MANZIONE, *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, cit., 140.

commistione tra decisioni processuali e trattamento sanzionatorio. La Corte costituzionale aveva poi affermato che poiché la funzione del giudizio abbreviato è quella di consentire la sollecita definizione del giudizio, evitando il pubblico dibattimento, “esso non può più essere ragionevolmente applicato quando il suo scopo non possa più essere perseguito essendo iniziata la fase dibattimentale”²⁷⁷. In questa prospettiva, era evidente che la riduzione della pena poteva conseguire solo all’effettiva semplificazione del rito. In virtù del nuovo orientamento, invece, con qualche incoerenza, come segnalato dalla dottrina²⁷⁸, la Corte ammetteva che la riduzione della pena non era più inscindibilmente connessa alla celebrazione del processo in date forme, potendo anche conseguire alla valutazione del giudice del dibattimento, che riteneva ingiustificato il dissenso del magistrato del pubblico ministero²⁷⁹.

Da quanto detto, emerge chiaramente che i presupposti del giudizio abbreviato potevano così riassumersi:

- 1) la richiesta dell’imputato;

²⁷⁷ Corte costituzionale, 31 maggio 1990 n. 277, in *Giust. pen.*, 1990, I, 225.

²⁷⁸ A. NAPPI, *Considerazioni sui presupposti del giudizio abbreviato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, II, 757.

²⁷⁹ La questione dell’individuazione del giudice legittimato a sindacare il dissenso del magistrato del pubblico ministero o il rigetto della richiesta da parte del giudice dell’udienza preliminare era stata molto dibattuta in dottrina. Infatti, in una prospettiva *de lege ferenda*, se per un verso si era proposto di devolvere questo compito al giudice del dibattimento, per altro verso, di fronte all’obiezione derivante dalla constatazione del limitato orizzonte conoscitivo di tale giudice, circoscritto al solo fascicolo trasmesso *ex art. 431 c.p.p.*, si proponeva di attribuire al giudice dell’udienza preliminare il potere di disporre il giudizio abbreviato ad onta del dissenso del magistrato del pubblico ministero. Per un’analisi delle diverse soluzioni emerse in dottrina, S. BULZELLI, *Per un giudizio abbreviato coerente con la scelta accusatoria della legge delega*, in *Cass. pen.*, 1991, 511.

- 2) il consenso del magistrato del pubblico ministero;
- 3) la definibilità del processo allo stato degli atti.

E' necessario fare qualche ulteriore riflessione su quest'ultimo requisito. L'art. 440 c.p.p., anch'esso oggi abrogato, stabiliva che "sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza, con la quale dispone il giudizio abbreviato se ritiene che il processo possa essere definito allo stato degli atti". Nel subordinare il giudizio abbreviato alla definibilità allo stato degli atti, si condizionava l'adozione del rito semplificato alla valutazione del giudice circa la possibilità di fondare la sua decisione esclusivamente sul materiale raccolto al momento della richiesta. Si è già detto, tuttavia, che la richiesta poteva essere presentata sia per iscritto prima dell'udienza preliminare, sia oralmente nel corso della stessa. Nel primo caso, l'orizzonte conoscitivo del giudice finiva con l'essere limitato agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari. Ne conseguiva che non erano possibili le sommarie informazioni ai fini della decisione *ex art. 422 c.p.p.* E' ben vero, infatti, che l'art. 441 c.p.p. richiamava l'applicabilità nel giudizio abbreviato della disciplina dell'udienza preliminare, con espressa esclusione però degli artt. 422 e 423 c.p.p. Tuttavia – e qui si viene al secondo caso – la scelta dell'imputato ed il consenso del magistrato del pubblico ministero potevano maturare nel corso dell'udienza preliminare, oltre che prima delle conclusioni di cui all'art. 421

c.p.p.²⁸⁰, anche dopo gli adempimenti previsti dell'art. 422 c.p.p. e la relativa richiesta essere presentata fino a che non fossero state formulate le conclusioni ai sensi del comma 7 dello stesso articolo, così come espressamente previsto dall'art. 439 c.p.p. In questo caso, dunque, decisione allo stato degli atti significava possibilità di utilizzare anche quanto emerso nel corso dell'udienza preliminare.

Ciò detto, occorre però fissare con maggiore precisione la definibilità allo stato degli atti, ossia chiarire, a prescindere dalla fase in cui in concreto il procedimento si trovasse, quando gli elementi fino a quel punto raccolti potessero consentire di definire il processo. In dottrina si affermava che il presupposto in questione andava inteso nel senso della “sussistenza di un compendio probatorio che consenta una cognizione piena sull'azione penale senza bisogno di procedere al dibattimento, e cioè la sussistenza di elementi tali che non occorre debbano essere sviluppati o ampliati, fornendo la risposta all'intero *thema decidendum*”²⁸¹. In buona sostanza, quindi, definibilità allo stato degli atti poteva leggersi come inutilità del dibattimento a fini probatori, nel senso che il materiale probatorio a disposizione non era suscettibile di accrescersi in maniera significativa, e quindi,

²⁸⁰ Riguardo a quest'ipotesi, in dottrina si evidenziava che essa si poneva in termini di sostanziale omogeneità rispetto a quella della richiesta di giudizio abbreviato presentata prima dell'udienza preliminare. Anche in questo caso, infatti, la decisione del giudice si fondava essenzialmente sulla documentazione dell'attività investigativa svolta dal magistrato del pubblico ministero, tuttavia completata “dalla documentazione della difesa e dal verbale dell'interrogatorio reso nel corso dell'udienza preliminare” (D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 216; anche M. FERRAIOLI, “*Giudizio abbreviato*”, cit., 21).

²⁸¹ A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, racc. Teoria e pratica del diritto, Giuffrè, Milano, 1994, 191.

come tale, era pienamente sufficiente ai fini della decisione²⁸². Ciò, tuttavia, poneva un altro grave problema. Infatti, la praticabilità del giudizio abbreviato finiva con l'essere demandata all'arbitrio del magistrato del pubblico ministero, dato che, come giustamente si rilevava in dottrina, questi poteva limitarsi a svolgere "le indagini sufficienti per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale, rinviando al dibattimento il compimento delle ulteriori attività probatorie necessarie per la decisione definitiva; in tal modo il processo non risulta decidibile allo stato degli atti [...]"²⁸³. La conseguenza era che il magistrato del pubblico ministero poteva legittimamente esprimere il suo dissenso rispetto alla richiesta di giudizio abbreviato, in virtù di carenze probatorie a lui stesso addebitabili²⁸⁴. La questione era quindi strettamente connessa con i limiti all'attività probatoria in sede di giudizio abbreviato.

Come risulta dalla *Relazione*, nella commissione redigente si discusse sull'opportunità di attribuire al giudice il potere di compiere nel giudizio abbreviato una limitata attività probatoria ai fini della decisione. Tale possibilità fu però esclusa, anche se, come accennato, il meccanismo venne congegnato in modo

²⁸² A. PIGNATELLI, "Giudizio abbreviato", in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, IV, Utet, Torino, 1990, 778.

²⁸³ O. MAZZA, *I paradossi dell'attuale giudizio abbreviato e le prospettive di soluzione nel solco della delega*, in *Cass. pen.*, 1992, 1995.

²⁸⁴ Nello stesso senso, G. CASCINI – L. SARACENI, *Efficienza e garanzia: una proposta di modifica dell'udienza preliminare e del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1991, 527, i quali osservavano che poiché "il pubblico ministero è libero di scegliere la propria strategia processuale, la decidibilità allo stato degli atti dipende comunque da scelte discrezionali e insindacabili dell'accusa"; *amplius*, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 1997, cit., 355 s.

tale da consentire il passaggio al giudizio abbreviato anche dopo l'acquisizione, nell'udienza preliminare, delle sommarie informazioni *ex art. 422 c.p.p.*, e quindi, con un arricchimento degli elementi offerti dalle indagini preliminari²⁸⁵. Tuttavia, la soluzione così escogitata era tutt'altro che soddisfacente. In verità, il sistema delineato dal legislatore sembrava aprire qualche spiraglio. In dottrina, infatti, rilevato che l'art. 440 comma 3 c.p.p. prevedeva che una volta respinta la richiesta di giudizio abbreviato, essa poteva essere riproposta fino a che non fossero state formulate le conclusioni, si osservava che “non può dirsi che sussista un ostacolo normativo nei confronti della condotta del giudice che, rigettata la richiesta di abbreviazione, [...] e disposto il supplemento istruttorio, successivamente instauri il rito abbreviato: unica condizione è che la richiesta di abbreviazione sia ripetuta tempestivamente ad acquisizioni avvenute”²⁸⁶. Altra parte della dottrina, pur riconoscendo in astratto la possibilità di un tale modo di procedere, riteneva che “se gli elementi probatori che rendono incomplete le indagini - e quindi non attuabile il rito differenziato – risultino effettivamente acquisibili nell'udienza preliminare ma siano a favore dell'accusa, l'imputato che vede vanificata da una negligenza del pubblico ministero la eventuale riduzione di un terzo della pena, non ha alcuna

²⁸⁵ *Relazione*, cit., 105 s.

²⁸⁶ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 211. In senso contrario, Cassazione penale, sez. III, 12 maggio 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 1557, secondo cui “non può essere ammesso il giudizio abbreviato se il giudice dell'udienza preliminare ha provveduto ad acquisire sommarie informazioni a norma dell'art. 422 c.p.p.”. In dottrina, tuttavia, la sentenza citata è stata ritenuta “frutto di un vistoso errore” (D. POTETTI, *Il supplemento istruttorio di cui all'art. 422 c.p.p. ed altri meccanismi d'integrazione probatoria nell'udienza preliminare: il gup è ancora un giudice inutile?*, cit., 2319).

possibilità di ottenere il completamento delle indagini”²⁸⁷. L’attenzione, quindi, si concentrava sulla completezza delle indagini, al fine di garantire “una qualche solidità del quadro probatorio”²⁸⁸.

Della questione fu investita la Corte costituzionale, che con la sent. n. 92 del 9 marzo 1992²⁸⁹ sollecitò un intervento del legislatore volto all’introduzione della possibilità per il giudice, in relazione alla richiesta di giudizio abbreviato, di compiere una sia pur limitata attività probatoria, alla stregua di quanto previsto dall’art. 452 c.p.p. per il giudizio abbreviato c.d. atipico, nella specie conseguente alla trasformazione del rito in sede di giudizio direttissimo. Ciò in considerazione del fatto che la configurazione del rito abbreviato “come giudizio a prova contratta

²⁸⁷ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 1997, cit., 355. In senso sostanzialmente analogo, E. ZAPPALÀ, “*La difesa nei procedimenti speciali*”, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, cit., 162.

²⁸⁸ D. SIRACUSANO, *Per una revisione del giudizio abbreviato*, cit., 476.

²⁸⁹ *Cass. pen.*, 1992, 1461. Nella massima si leggeva: “E’ inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 438, 439 e 440 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 25 Cost., nella parte in cui non prevedono che, qualora il dissenso del magistrato del pubblico ministero all’introduzione del rito abbreviato chiesto dall’imputato sia motivato con l’impossibilità che il processo sia definito allo stato degli atti, il giudice dell’udienza preliminare che ritenga l’impossibilità addotta dipendente dal fatto rimediabile dallo stesso pubblico ministero, possa indicare alle parti – sulla falsariga del meccanismo d’integrazione probatoria previsto dall’art. 422 c.p.p. – i temi lasciati incompleti, sui quali si rende necessario acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione in ordine alla possibilità di definire il processo allo stato degli atti. La problematica sottesa alla questione non può, invero, risolversi in una pronuncia additiva, ma richiede un intervento legislativo. La possibilità per il pubblico ministero di decidere quante e quali indagini esperire al fine di richiedere il rinvio a giudizio comporta, rispetto al giudizio abbreviato, l’inaccettabile paradosso per cui il pubblico ministero può legittimamente precluderne l’instaurazione allegando lacune probatorie da lui stesso discrezionalmente determinate. E’ perciò necessario, al fine di ricondurre l’istituto a piena sintonia con i principi costituzionali, che il vincolo derivante dalle scelte del pubblico ministero sia reso superabile con l’introduzione di un meccanismo d’integrazione probatoria”.

[...] non è affatto un connotato ineliminabile di tale giudizio”²⁹⁰. Tuttavia, a legislazione immutata, la giurisprudenza di merito prospettò una soluzione alternativa. Si ritenne, infatti, che il giudice dibattimentale, nel valutare *ex post* la fondatezza del dissenso del magistrato del pubblico ministero, in relazione alla non definibilità del processo *rebus sic stantibus*, doveva prendere in considerazione non solo gli atti acquisiti nel corso delle indagini preliminari, ma anche quelli che “il pubblico ministero avrebbe potuto compiere senza una significativa alterazione della strategia processuale”. Ciò sul presupposto che “l’insindacabilità delle scelte del pubblico ministero, non può intendersi in senso assoluto, fino a ricomprendervi scelte meramente potestative”²⁹¹. Tale ultima soluzione trovò il consenso di parte della dottrina, pur riconoscendosi la difficoltà di distinguere tra l’incompletezza delle indagini ascrivibile alla negligenza del magistrato del pubblico ministero e quella riconducibile ad una precisa strategia processuale²⁹². Altri, al contrario, riteneva che il sindacato della strategia processuale era implicito nella valutazione

²⁹⁰ Anche in altre occasioni la Corte non mancò di sottolineare la necessità di una revisione della disciplina del giudizio abbreviato, per superare i molteplici dubbi di legittimità costituzionale che essa suscitava. Tra le altre, Corte costituzionale, 16 febbraio 1993 n. 56, in *Foro it.*, 1993, I, 1362; Corte costituzionale, 23 dicembre 1994 n. 442, in *Dir. pen. proc.*, 1995, n. 3, 360, ove il Giudice delle leggi espressamente ribadì la necessità di “una organica e generale riforma del giudizio abbreviato, secondo le linee e i principi già indicati da questa Corte con la sent. n. 92 del 1992”. Per un esame riassuntivo degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di giudizio abbreviato, sia tipico che atipico, G. CANZIO, “*Giudizio abbreviato*”, Enciclopedia del diritto, agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, 617 ss.; E. APRILE, *I riti speciali: le prassi applicative tra logica originaria degli istituti e disciplina integrata dalle pronunzie costituzionali*, in *Leg. pen.*, 1999, II, 581 ss.

²⁹¹ Tribunale di Roma, 5 febbraio 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 1651.

²⁹² B. LAVARINI, *La definibilità del processo allo stato degli atti nel giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1994, 595.

che si riteneva di poter far compiere al giudice del dibattimento, mentre, invece, questi doveva “aver riguardo ad un elemento obiettivo o comunque obbiettivizzato dal legislatore, la definibilità allo stato degli atti, e solo quello”²⁹³.

Sempre in relazione al presupposto della definibilità del processo *rebus sic stantibus*, dottrina e giurisprudenza si sforzarono di chiarire in che termini esso limitasse effettivamente le ulteriori acquisizioni in sede di giudizio abbreviato e se fossero configurabili attività non precluse. In termini generali, si affermava che la valutazione doveva essere compiuta solo ed esclusivamente sulla base di tutti gli atti legittimamente acquisiti al fascicolo del pubblico ministero, posto che “la formazione del consenso alla celebrazione del rito speciale poggia su tale dato e non ammette intrusioni di elementi ulteriori, pena il venir meno del presupposto su cui quel consenso si è manifestato”²⁹⁴. Ciò spiega perché in dottrina si sia parlato, con riguardo anche al giudizio abbreviato, di alternativa inquisitoria. Le parti, infatti, nello scegliere ed accettare il rito semplificato, rinunciano alla definizione del processo con metodo accusatorio, con la formazione della prova nel contraddittorio dinnanzi al giudice, e consentono a che la decisione nel merito venga adottata sulla base degli atti d’indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero e/o dalla difesa, e cioè in forza di quel materiale che in linea di principio

²⁹³ A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, cit., 190.

²⁹⁴ D. MANZIONE, *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, cit., 143.

non potrebbe essere utilizzato ai fini del giudizio, perché destinato ad esaurire la propria rilevanza nella fase procedimentale²⁹⁵.

Ora, esclusa in linea di principio la possibilità di un'integrazione probatoria, salva l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 439 – 441 c.p.p., ci si poneva però il problema se la connotazione del giudizio abbreviato come processo “a prova bloccata” fosse in qualche modo suscettibile di aggiramento. Una prima questione riguardava la possibilità di procedere all'interrogatorio dell'imputato. Parte della dottrina e della giurisprudenza erano orientate in senso favorevole²⁹⁶, sulla base della considerazione che l'interrogatorio è previsto in qualsiasi tipo di procedimento, pur precisandosi la necessità di evitare che il contraddittorio si estendesse a nuovi elementi. Altri, invece, era orientato in senso decisamente negativo, considerandosi “artificiose le eventuali limitazioni che si frammettano all'oggetto di quell'atto (nel senso che l'imputato può fare riferimento nel corso dell'interrogatorio ad elementi non in atti)”²⁹⁷. Inoltre, si opinava trattarsi pur

²⁹⁵ Come si avrà modo di vedere, oggi il nuovo art. 438 c.p.p. prevede che l'imputato può subordinare la richiesta di giudizio abbreviato ad un'integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione.

²⁹⁶ A. PIGNATELLI, “*Giudizio abbreviato*”, cit., 782; A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, cit., 212 s.; Cassazione penale, sez. I, 7 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 89; Cassazione penale, sez. VI, 24 maggio 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 564, che affermò che l'accettazione del giudizio allo stato degli atti non impone affatto una compressione del diritto di difesa e di autodifesa, di cui l'interrogatorio è l'espressione principale, ma implica solo una rinuncia al diritto di difendersi provando. Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. VI, 3 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2770.

²⁹⁷ D. MANZIONE, *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, cit., 143.

sempre di un mezzo di prova, come tale concettualmente incompatibile con una decisione allo stato degli atti²⁹⁸.

Altra questione era quella della possibilità di un'integrazione documentale. Anche su questo punto le opinioni erano divergenti. In senso favorevole si osservava che "il divieto di acquisizione di nuovi elementi va inteso *cum grano salis*, tenendo presente che è finalizzato ad impedire l'introduzione di fatti rilevanti ai fini della decisione"²⁹⁹. Pertanto, si ammetteva la presentazione di memorie e documenti *ex artt.* 419 commi 2 – 3 e 421 c.p.p.³⁰⁰. Una conferma si riteneva potesse essere desunta dall'art. 441 comma 1 c.p.p., il quale richiamava l'applicabilità nel giudizio abbreviato della disciplina dell'udienza preliminare, con espressa esclusione degli artt. 422 e 423 c.p.p., ma non dell'art. 421 c.p.p., in relazione all'art. 419 c.p.p.³⁰¹. L'opposta opinione, invece, metteva in evidenza che il richiamo alla disciplina dell'udienza preliminare era pur sempre subordinato al presupposto della compatibilità, certamente escluso dalla struttura del rito abbreviato come giudizio allo stato degli atti, ed in quanto tale, destinato a svolgersi solo sulla base degli atti inseriti nel fascicolo del magistrato del pubblico

²⁹⁸ Cassazione penale, sez. VI, 13 luglio 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 3070; Cassazione penale, sez. II, 3 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, 818.

²⁹⁹ A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, cit., 213.

³⁰⁰ A. PIGNATELLI, "Giudizio abbreviato", cit., 782.

³⁰¹ Cassazione penale, sez. II, 2 dicembre 1991, in *Cass. pen.*, 1993, 584; Cassazione penale, sez. II, 2 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1995, 110; A. NAPPI, *Considerazioni sui presupposti del giudizio abbreviato*, cit., 753.

ministero³⁰². Altri, pur ammettendo l'integrazione documentale, affermava che tali allegazioni non fossero più consentite una volta che il giudice avesse con ordinanza disposto il giudizio abbreviato dato che, in caso contrario, si sarebbe verificata un'alterazione del parametro della decidibilità allo stato degli atti³⁰³.

Si erano quindi manifestate due linee interpretative assolutamente contrapposte. Da un lato, chi intendeva in senso assolutamente rigido il divieto di ulteriori acquisizioni probatorie; dall'altro chi esprimeva una maggiore apertura. Nell'ambito di tale ultimo indirizzo, si precisava che le acquisizioni dovevano riguardare temi di prova su punti diversi dalla ricostruzione storica del fatto e dalla sua attribuibilità all'imputato. Sulla base di queste premesse si ammetteva, tra l'altro, la perizia psichiatrica sulla capacità d'intendere e di volere dell'imputato, in quanto presupposto dell'imputabilità³⁰⁴. La Suprema Corte, tuttavia, affermò che “non vi è dubbio [...] che il tenore letterale e logico della norma di cui all'art. 440 c.p.p. [...] non consente nella fattispecie distinzione alcuna tra atti di acquisizione probatoria in senso stretto, ed atti di acquisizione probatoria in senso lato, e che ai sensi dell'art. 187 comma 1 c.p.p. è indiscutibile che formano oggetto della prova tanto i fatti che si riferiscono all'imputazione, quanto quelli che concernono la

³⁰² D. MANZIONE, *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, cit., 144.

³⁰³ E. SELVAGGI, “*Giudizio abbreviato*”, cit., 518. In senso contrario all'acquisizione di documenti nel corso del giudizio abbreviato, anche, Cassazione penale, sez. I, 22 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1992, II, 248.

³⁰⁴ Cassazione penale, sez. I, 10 dicembre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 89; Cassazione penale, sez. VI, 25 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2733;

punibilità, la quale presuppone ovviamente la capacità d'intendere e di volere, [...] tanto che qualsiasi ulteriore indagine, ritenuta necessaria dal giudice che ha disposto il giudizio abbreviato - ritenendo che il processo potesse essere definito allo stato degli atti - ai fini del decidere, quindi anche la perizia psichiatrica sull'imputato, si pone come impeditiva del rito abbreviato"³⁰⁵.

A questo punto mette conto fare qualche breve considerazione sullo svolgimento del giudizio abbreviato. Si è già detto in precedenza dell'art. 441 c.p.p. (ora sostituito dall'art. 29 l. 479/99, che per altro ha riprodotto la vecchia formulazione del comma 1), che richiamava, in quanto applicabili, le disposizioni in materia udienza preliminare, fatta eccezione per gli artt. 422 e 423 c.p.p. L'aspetto che suscitava maggiori discussioni era che ciò implicava che l'udienza per il giudizio abbreviato si svolgeva sempre e comunque in camera di consiglio, alla stregua di quanto previsto per l'udienza preliminare. Le perplessità derivavano dal fatto che si riteneva essere un principio di rilevanza costituzionale, fatto proprio anche dalle convenzioni internazionali recepite nel nostro ordinamento - nella specie, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 10) e la Convenzione

³⁰⁵ Cassazione penale, sez. I, 4 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, 2771.

europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6)
- quello della pubblicità dell'esercizio della giurisdizione³⁰⁶.

Tale principio non era rispettato in sede di giudizio abbreviato, che come detto era ed è giudizio di pieno merito, destinato a concludersi con una sentenza di condanna o di proscioglimento, in tutto equiparabile a quella emessa al termine del procedimento ordinario. Pertanto, essendo il giudizio abbreviato funzionalmente e qualitativamente diverso rispetto all'udienza preliminare, il procedimento in camera di consiglio che tutt'ora contraddistingue quell'udienza, fisiologicamente non destinata ad esprimere un giudizio sul merito della *regiudicanda*, non era considerato adeguato alla natura della funzione esercitata in quella sede.

D'altra parte, si osservava che nei paesi di *common law* l'udienza preliminare “si presenta come udienza pubblica, e tale carattere viene ulteriormente rafforzato e ribadito nei casi in cui essa diviene la *sedes* di un epilogo anticipato del processo,

³⁰⁶ Mancando una norma che ne sancisca un esplicito riconoscimento, si ritiene che il fondamento costituzionale del principio di pubblicità possa essere rinvenuto negli artt. 101 e 111 Cost., che potrebbero trovare attuazione solo attraverso il pubblico esercizio della *iurisdictio*. In dottrina si è distinto tra una pubblicità *immediata* ed una pubblicità *mediata*. Con la prima s'intende “la possibilità per il pubblico, cioè per le persone che non hanno nessun titolo di partecipazione diretta al dibattimento, di assistere al suo svolgimento, rendendosi così conto *de visu et de audita* di tutto ciò che in esso si dice e si compie, da parte di tutti quelli che direttamente vi partecipano”; con la seconda, “la conoscenza del dibattimento che il pubblico viene ad avere non per sua percezione diretta, ma mediante i mezzi d'informazione collettiva, in particolar modo mediante la stampa, la radio e la televisione” (G. FOSCHINI, “Dibattimento”, Enciclopedia del diritto, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 349). In ogni caso, il principio di pubblicità soddisfa l'esigenza del controllo popolare sull'amministrazione della giustizia, ed è quindi una garanzia del corretto esercizio della funzione nel rispetto del diritto sostanziale e processuale, al fine di adottare un provvedimento effettivamente rispondente al modo in cui il fatto di causa è stato ricostruito. In dottrina si è osservato che “la *ratio* della garanzia apprestata dalla Carta fondamentale, va colta nella necessità che il popolo, non potendo esercitare direttamente – se non nelle limitate forme consentite dall'art. 102 commi 2 e 3 Cost. – la funzione giurisdizionale, sia quanto meno posto nelle condizioni di poter controllare l'operato della magistratura, cui tale compito è demandato” (G. REYNAUD, *La non pubblicità dell'udienza nel giudizio abbreviato: un'irrisolta questione di legittimità costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1991, I, 322).

in stretta correlazione col rispetto di un effettivo e pieno contraddittorio: le esigenze di economia processuale - sulle quali si ritiene che riposi la previsione del procedimento in camera di consiglio - insomma, non vengono considerate incompatibili con l'osservanza di tali principi, né sembra acquistare particolare rilievo la preoccupazione di sottrarre l'imputato alle conseguenze negative della pubblica esposizione³⁰⁷.

La questione fu posta all'esame della Corte costituzionale, sia pure con riferimento all'art. 247 disp. trans. c.p.p. Il Giudice delle leggi, tuttavia, pur riconoscendo la rilevanza costituzionale del principio di pubblicità, dichiarò l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della norma citata, “nella parte in cui [...] ammette che l'imputato possa chiedere che il processo sia definito in base agli atti, con la conseguenza che il processo stesso, ove vi sia il consenso del pubblico ministero ed il giudice lo ammetta, viene celebrato senza il dibattimento e la pubblicità che è ad esso consequenziale³⁰⁸. Del resto, la Corte già in precedenza aveva affermato che il principio in questione è pur sempre derogabile, sia pure solo “a garanzia di beni di rilevanza costituzionale³⁰⁹. Ed allora, come giustamente rilevato in dottrina³¹⁰, la legittimità dell'adozione della

³⁰⁷ S. LORUSSO, *Limiti oggettivi al giudizio abbreviato, giudice naturale e pubblicità dei giudizi: considerazioni in margine alla sentenza n. 176 del 1991*, in *Cass. pen.*, 1992, I, 538.

³⁰⁸ Corte costituzionale, 8 febbraio 1991, n. 69, in *Giust. pen.*, 1991, I, 269.

³⁰⁹ Corte costituzionale, 2 febbraio 1971, n. 12, *Giur. cost.*, 1971, 83.

³¹⁰ G. REYNAUD, *La non pubblicità dell'udienza nel giudizio abbreviato: un'irrisolta questione di legittimità costituzionale*, cit., 322.

procedura in camera di consiglio, andava verificata alla luce degli interessi in gioco e della necessità di trovare tra gli stessi un giusto equilibrio.

Per altro, il principio di pubblicità si conformava diversamente, secondo che si assumesse come parametro di riferimento il quadro costituzionale o le convenzioni internazionali. Una breve indagine in questa direzione consente anche di individuare quali sono fossero gli interessi in gioco.

Nell'ambito delle convenzioni internazionali, infatti, la dottrina sottolineava opportunamente che la "pubblicità, intesa alla stregua di un diritto soggettivo, può ben divenire materia di rinuncia sia espressa che tacita. Nella scelta compiuta dall'imputato di un procedimento speciale che difetti di un tale regime di conoscenza è agevole, pertanto, scorgere un sicuro atto di disposizione del relativo diritto"³¹¹. Un tale atto di disposizione avrebbe potuto essere motivato dall'esigenza di evitare la pubblica esposizione derivante dallo svolgimento del giudizio nella forma ordinaria. Al contrario, nella prospettiva costituzionale, la pubblicità poteva essere riconnessa ad esigenze di carattere superindividuale, ed in quanto tale, essa non poteva non essere sottratta alla disponibilità delle parti. Emergeva, tuttavia, anche una terza prospettiva, che sembrava essere quella fatta propria dal legislatore del 1988, ossia quella che riconnette la non pubblicità dell'udienza ad un'esigenza di snellezza e celerità, e quindi di un'ottimale funzionamento della macchina della giustizia, interesse "anch'esso garantito in via

³¹¹ G.P. VOENA, "Principio di pubblicità ed udienza preliminare", in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del convegno di Urbino, cit., 67 s.

primaria dalla Costituzione”³¹². Ed era proprio quest’aspetto ad assumere un rilievo preminente, in sede di giustificazione della non pubblicità del giudizio abbreviato, e non invece l’incentivo all’imputato affinché scegliesse il rito abbreviato, che se mai si poneva in posizione strumentale rispetto al primo. Si osservava, infatti, che “ciò che vale per l’imputato, se colpevole, è lo sconto di pena di cui può usufruire, se innocente, il tempestivo riconoscimento del suo stato. Per contro, la mancanza di pubblicità immediata procura all’amministrazione della giustizia sensibili economie nell’approntamento delle aule idonee all’accesso del pubblico, nell’organico degli ufficiali giudiziari e via discorrendo”³¹³. D’altra parte, si rilevava che il sacrificio del principio di pubblicità era solo parziale, in quanto il codice di procedura penale assicurava in linea di principio la possibilità della pubblicazione degli atti processuali, *ex art. 114 c.p.p.*, garantendo in tal modo la c.d. pubblicità mediata, mentre, per altro verso, l’art. 116 c.p.p consentiva, a chiunque vi avesse interesse, di ottenere il rilascio di copie, estratti o certificati di singoli atti. Tale disciplina, secondo quanto si riteneva, era “in grado di assicurare quel collegamento cittadini - amministrazione della giustizia voluto dalla Costituzione, anche la dove il dibattimento non abbia avuto luogo in forma pubblica, e dunque pure nel caso di giudizio abbreviato”³¹⁴. Altri, invece, assumendo una posizione decisamente critica verso la mancanza di pubblicità in

³¹² G. REYNAUD, *op. cit.*, 323.

³¹³ G.P. VOENA, *op. cit.*, 68.

³¹⁴ G. REYNAUD, *op. cit.*, 324. La medesima tesi è sostenuta da G.P. VOENA, *op. cit.*, 68 ss.

sede giudizio abbreviato, riteneva che quelle appena illustrate costituissero “risposte dimezzate, inequivocabilmente frutto di compromessi miranti a salvaguardare l’istituto nella sua attuale configurazione normativa, mediante il riferimento a forme compensative di pubblicità mediata”³¹⁵. Del resto, la stessa Corte costituzionale, con le sentt. n. 373 del 27 luglio 1992 e 160 del 21 aprile 1994, pur dichiarando l’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale proposte nei confronti dell’art. 441 comma 1 c.p.p., nella parte in cui prevedeva che il giudizio abbreviato si svolgeva in camera di consiglio, quindi in assenza di pubblico, trattandosi di una scelta discrezionale del legislatore, pose in luce che tale sistema si poneva in contrasto con quanto statuito dall’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, il quale considera la pubblicità, e quindi la controllabilità, come carattere essenziale di un giudizio penale.

In conclusione, si può dire che, anche al di là degli aspetti da ultimo trattati, molti erano i problemi sollevati dal giudizio abbreviato, così come originariamente strutturato, problemi che in forza di pur disattese esigenze di sintesi, solo in parte si sono potuti esaminare in questa sede. Del resto, da più parti in dottrina erano avanzate serie perplessità sull’adeguatezza della disciplina in questione, sia sotto il profilo costituzionale, sia sotto il profilo della sua funzionalità rispetto all’esigenza

³¹⁵ S. LORUSSO, *Limiti al giudizio abbreviato, giudice naturale e pubblicità dei giudizi: considerazioni in margine alla sentenza 176 del 1991*, cit., 539. La posizione esattamente opposta è sostenuta da chi ha affermato che “la garanzia di un processo giusto non è data dal controllo della pubblica opinione, spesso solo teorico, ma dalla parità delle parti in contesa dinnanzi ad un giudice neutrale” (A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, cit., 210).

di deflazione. Le istanze di riforma volte ad adeguare l'istituto alle indicazioni della Corte costituzionale, trovarono un qualche riscontro a livello parlamentare, grazie al disegno di legge 2698 C, approvato dal Consiglio dei ministri il 10 gennaio 1997³¹⁶. Tra le più significative novità, si prevedeva la riduzione dei presupposti del giudizio abbreviato alla sola definibilità allo stato degli atti, con la possibilità però di attivare, anche *ex officio*, meccanismi d'integrazione probatoria. Tuttavia, la riforma del giudizio abbreviato fu attuata solo con la l. 479/99, che riprese ed ampliò i contenuti del precedente disegno di legge governativo.

Prima di concludere questa parte del lavoro, è necessario dedicare qualche riflessione anche al patteggiamento. Come anticipato, nella *Relazione* l'applicazione della pena su richiesta delle parti, in contrapposizione al giudizio abbreviato, era definito patteggiamento sulla pena, ossia “un accordo tra pubblico ministero ed imputato sul merito dell'imputazione (responsabilità dell'imputato e pena conseguente)”³¹⁷. Nel distinguere i due procedimenti speciali, si affermava che mentre il giudizio abbreviato era caratterizzato dall'insindacabilità della scelta del magistrato del pubblico ministero di consentire alla richiesta dell'imputato di abbreviazione del rito, nell'applicazione della pena su richiesta delle parti il dissenso “non è di ostacolo a che il giudice, in esito al procedimento ordinario,

³¹⁶ Il testo è pubblicato in *Guida dir.*, 1997, 3, 112 ss.

³¹⁷ *Relazione*, cit., 104.

accolga la richiesta ed applichi la relativa sanzione”³¹⁸. Com’è facile desumere da quanto detto in precedenza, gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale fecero venir meno le ragioni di questa distinzione, determinando sotto questo profilo un’omogeneizzazione dei due procedimenti. Aspetto controverso, invece, era quello attinente ai poteri di valutazione del giudice. Di ciò, tuttavia, ci si occuperà tra poco. Appare ora invece necessario approfondire i tempi e le modalità d’introduzione del rito semplificato in questione.

L’applicazione della pena su richiesta delle parti è disciplinata nei dagli artt. 444 – 448 c.p.p.³¹⁹. La disciplina in questione è stata ampiamente rimaneggiata dalla l. 479/99. Per quanto concerne tuttavia l’assetto originario, era prevista la presentazione della richiesta in momenti diversi, e precisamente:

- a) nel corso delle indagini preliminari;
- b) nel corso dell’udienza preliminare;
- c) prima della dichiarazione di apertura del dibattimento³²⁰.

³¹⁸ *Relazione, loc. cit.* L’art. 448 comma 1 c.p.p., nella sua originaria formulazione, prevedeva, infatti, che “nell’udienza prevista dall’art. 447, nell’udienza preliminare o nel giudizio, il giudice, se ne ricorrono le condizioni, pronuncia immediatamente sentenza. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio d’impugnazione, quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero e congrua la pena richiesta dall’imputato”.

³¹⁹ Nella specie, l’art. 444 comma 1 c.p.p. espressamente prevede che “l’imputato ed il pubblico ministero possono chiedere al giudice l’applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino ad un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera i due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria”.

³²⁰ Secondo quanto prevede l’art. 446 comma 2 c.p.p., non modificato dalla l. 479/99, la richiesta ed il consenso nell’udienza sono formulati oralmente; negli altri casi sono formulati con atto scritto. Il comma 3 aggiunge poi che la volontà dell’imputato è espressa personalmente o a mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall’art. 583 comma 3 c.p.p.

Soprattutto l'ipotesi *sub a)*, disciplinata dall'art. 447 c.p.p., intoccato dalla l. 479/99, si presenta in termini problematici. La norma in questione prevede testualmente che “nel corso delle indagini preliminari, il giudice, se è presentata una richiesta congiunta o una richiesta con il consenso scritto dell'altra parte, fissa con decreto, in calce alla richiesta, l'udienza per la decisione [...]”. Ora, in dottrina si è osservato che nonostante la norma faccia letteralmente riferimento ad una *richiesta congiunta* o ad una *richiesta con il consenso scritto dell'altra parte*, sembra doversi escludere che l'iniziativa possa essere assunta dal magistrato del pubblico ministero. In effetti, sebbene l'art. 405 c.p.p. preveda espressamente tra i modi di esercizio dell'azione penale la richiesta di applicazione di pena, attraverso il rinvio alle disposizioni che regolano questo rito alternativo, e la formulazione del citato art. 447 c.p.p., “non pare che si possa verificare il caso che il magistrato del pubblico ministero eserciti l'azione penale richiedendo direttamente al giudice l'applicazione di una pena concordata con l'indagato. Il sistema non prevede un'iniziativa in tal senso, in quanto il magistrato deve comunque formulare l'imputazione ed ottenere che essa sia portata nella sfera di conoscibilità dell'imputato. E le forme di esercizio dell'azione penale sono la richiesta di rinvio a giudizio (ordinario od immediato), la richiesta di decreto di condanna e la richiesta di giudizio direttissimo. Al di là queste, altre non se ne intravedono. Al più, il magistrato del pubblico ministero formulerà una richiesta di rinvio a giudizio, e per essa una richiesta di udienza preliminare, e nel corso di quest'ultima

presterà consenso alla richiesta di applicazione della pena avanzata dall'imputato"³²¹. La tesi, per la verità, non è condivisa da altra parte della dottrina che invece sofferma la sua attenzione sul dato meramente letterale, e perciò esplicitamente ammette, anche nel corso delle indagini preliminari, che l'iniziativa possa essere assunta indifferentemente da entrambe le parti³²².

Si è detto in precedenza che la richiesta di patteggiamento, oltre che nel corso delle indagini preliminari, poteva essere presentata nel corso dell'udienza preliminare o prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Occorre tuttavia ricordare la non invalicabilità di tale ultimo limite, in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 265 del 30 giugno 1994³²³, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p. relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava agli atti d'indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, ovvero quando l'imputato ha tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni.

³²¹ A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 537 ss.

³²² Sarebbe certamente inopportuno dilungarsi su questo pur interessante argomento, che tuttavia sembra esulare dai confini della presente ricerca. Per questa ragione si rinvia alle trattazioni specifiche sul tema. Per tutti, A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, cit., 290 ss.; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, racc. "Teoria e pratica del diritto", Giuffrè, Milano, 1992.

³²³ *Giur. it.*, 1995, I, 596.

In ogni caso, al di là di tale ultima precisazione, la vecchia formulazione dell'art. 446 comma 1 c.p.p. – le parti possono formulare la richiesta prevista dall'art. 444 comma 1 c.p.p. fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado – faceva affermare che “l'eventuale patteggiamento sulla pena all'udienza preliminare non incontra limiti temporali e può, di conseguenza, venire in rilievo in qualsiasi momento utile della fase instaurata dalla presentazione della richiesta di rinvio a giudizio”. [...] Può pertanto aversi una contrazione della stessa udienza preliminare ovvero la sua massima espansione, come nel caso in cui la richiesta ed il consenso siano manifestati solo nelle conclusioni di cui all'art. 422 comma 7”³²⁴. La circostanza che l'accordo sull'applicazione della pena poteva maturare per l'intero arco della fase costituita dall'udienza preliminare, faceva sì che l'introduzione del rito semplificato, eventualmente, potesse anche essere successiva alle acquisizioni *ex art. 422 c.p.p.*, alla stregua di quanto previsto per il giudizio abbreviato. Senonché, mentre per quest'ultimo, almeno in teoria, il giudice poteva eventualmente respingere la richiesta per l'impossibilità di decidere allo stato degli atti, per poi eventualmente accoglierla, una volta reiterata la stessa successivamente alle sommarie informazioni, in relazione alla richiesta di patteggiamento il giudice non aveva alcun potere di impulso processuale. Ciò comportava, e tuttora comporta, l'esclusione della possibilità di disporre il supplemento istruttorio ai sensi dell'art. 422 c.p.p., salvo che la richiesta di

³²⁴ D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 314.

patteggiamento venisse presentata successivamente all'espletamento di tale attività. Ne derivava l'obbligo del giudice di adottare una decisione esclusivamente sulla base degli atti, ossia in forza di quanto compiuto fino al momento della presentazione della richiesta.

A fronte della concorde richiesta delle parti, i poteri decisorii del giudice sono circoscritti dall'art. 444 comma 2 c.p.p. La disposizione in questione è stata riformulata dall'art. 33 l. 479/99. Essa, nella sua forma originaria, prevedeva che “se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene che la qualificazione giuridica del fatto e l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti sono corrette, dispone con sentenza l'applicazione della pena indicata, enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti [...]”. In sede di commento alla disposizione in esame, nella *Relazione* si affermava che “al giudice non viene riconosciuto alcun sindacato sulla congruità della pena richiesta, trattandosi di materia riservata alla determinazione delle parti [...]. Il compito del giudice è di accertare, sulla base degli atti, se esistono le condizioni per il proscioglimento e, in caso negativo, se è esatto il quadro – qualificazione giuridica, circostanze e comparazione – nel cui ambito le parti hanno determinato la pena, mentre non occorre un positivo accertamento della responsabilità penale”³²⁵. Le questioni

³²⁵ *Relazione*, cit., 107 s.

sollevate in questa parte della *Relazione* sono dunque essenzialmente due. La prima concerne la posizione del giudice di fronte alla richiesta di patteggiamento ed il suo potere discrezionale in ordine alla determinazione della pena; la seconda, il presupposto della sentenza di patteggiamento.

In dottrina si osservava che “nel patteggiamento il giudice è vincolato dalla richiesta delle parti, nel senso che non può applicare una sanzione diversa, né rigettare la richiesta perché ritiene incongrua la pena”, come del resto confermavano i lavori preparatori della legge delega, che chiaramente dimostravano che l’intenzione del legislatore era quella di escludere ogni margine di apprezzamento discrezionale sulla richiesta³²⁶. Si riteneva, tuttavia, che “il vincolo per il giudice finisce con il risultare meno stretto di quanto appaia a prima vista. Infatti, al giudice resta pur sempre il potere di decidere in modo difforme quando non condivide il quadro giuridico entro il quale è stata determinata la pena, [...] [mentre] il vincolo in sostanza concerne l’entità della pena e risulta coerente con un processo di parti”³²⁷.

³²⁶ G. LATTANZI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, cit., 2197. Il riferimento è in particolare alla formulazione della direttiva n. 45 della legge delega, che nella versione originaria recitava: “[...] previsione che il giudice, in udienza, *in caso di accoglimento*, applichi la sanzione richiesta, provvedendo con sentenza inappellabile”. Nella versione definitiva fu invece soppresso l’inciso “in caso di accoglimento”. Tale notazione è fatta anche da R. BRIZIO, “*Applicazione della pena su richiesta*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, agg. I, Utet, Torino, 1993.

³²⁷ G. LATTANZI, *op. cit.*, 2198; id., *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1989, III, 2109.

Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sent. 313 del 2 luglio 1990³²⁸, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 444 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 comma 3 Cost., il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione. La Corte, quindi, ritenne illegittima la norma sotto tale aspetto, sostenendo che il giudice non può essere relegato ad una funzione meramente notarile, bensì deve valutare le esigenze di rieducazione del condannato, come impone l'art. 27 della Costituzione. Con la conseguenza che, in caso di valutazione sfavorevole sulla congruità della pena rispetto al fatto, la richiesta di patteggiamento deve essere rigettata. In dottrina si è tuttavia osservato che "il controllo giudiziale sull'entità della pena, nell'ottica dell'art. 27 comma 3 c.p.p. Cost., si prospetta alquanto aleatorio: la notevole anticipazione dei tempi del giudizio nella fase predibattimentale difficilmente consentirà di acquisire gli elementi di conoscenza sulla personalità del reo, indispensabili per decidere se la sanzione proposta dalle parti sia idonea a soddisfare anche esigenze rieducative"³²⁹.

Altra questione che ha suscitato e suscita vivaci polemiche, ed alla quale, sia pure sinteticamente, pare opportuno fare cenno in questa sede, è quella che riguarda il presupposto della sentenza di patteggiamento. Come accennato, nella *Relazione* espressamente si esclude che la sentenza di patteggiamento richieda un

³²⁸ Cass. pen., 1990, II, 221.

³²⁹ L. CREMONESI, *Il patteggiamento nel processo penale*, Il sole 24 ore, Milano, 1999. In termini sostanzialmente analoghi, A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, cit., 306.

accertamento della responsabilità penale dell'imputato. In senso favorevole, in dottrina si è affermato che “la richiesta non può essere rigettata per l'inesistenza di prove di responsabilità. La prova dell'innocenza dell'imputato dovrebbe, per la verità, impedire l'applicazione della pena richiesta; a ciò non potrà, tuttavia, valere la mancata prova della sua responsabilità, perché è la legge stessa a stabilire che a tale applicazione si possa e si debba pervenire indipendentemente da qualsivoglia tipo di prova”³³⁰. Tale orientamento dottrinale è stato condiviso da una parte della giurisprudenza, che proprio sulla base della considerazione che l'applicazione della pena su richiesta delle parti non comporta un accertamento giurisdizionale della responsabilità dell'imputato, ha escluso che essa possa essere considerata alla stregua di una sentenza di condanna³³¹, e conseguentemente ha escluso che essa possa costituire titolo idoneo ai fini della revoca, ai sensi dell'art. 168 comma 1 c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa³³². Tuttavia, una parte della dottrina, in senso opposto, ha affermato che l'accordo sull'applicazione della pena assumerebbe per l'imputato valore confessorio della

³³⁰ G. ARICO', “Applicazione della pena su richiesta delle parti”, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. DALIA, Jovene, Napoli, 1989, 107.

³³¹ Cassazione penale, sez. I, 19 febbraio 1990, in *Cass. pen.*, 1991, II, 29; Cassazione penale, sez. V, 26 giugno 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 111.

³³² Cassazione penale, s.u., 8 maggio 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1227, ove espressamente si afferma che “nel patteggiamento si perviene ad una pronuncia giurisdizionale *senza giudizio*, sia con riguardo alla fondatezza dell'accusa, sia relativamente alla conseguente statuizione sulla pena, che non può essere altra se non quella indicata dalle parti”. In senso critico rispetto a questa sentenza, F. PERONI, *Il patteggiamento senza revoca della sospensione condizionale della pena*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/1996, 1227 ss.

sua responsabilità o quanto meno di ammissione implicita del fatto³³³. La tesi è stata però contrastata dalla Cassazione, che ha affermato che “la richiesta di applicazione della pena ovvero il consenso manifestato dall’imputato alla proposta formulata dal pubblico ministero, [...] non importano affatto un riconoscimento esplicito od implicito della responsabilità penale. [...] Trattasi, invece, di una scelta processuale [...] che può trovare la sua appagante e legittima giustificazione nei più disparati motivi, tutti confluenti nell’ampia prospettiva dei numerosi benefici previsti dal legislatore per chi a qual procedimento faccia ricorso”³³⁴.

Un diverso orientamento è invece quello che, rilevata la caratterizzazione dell’applicazione della pena su richiesta delle parti come procedimento “sulla base degli atti”, osserva che “gli atti possono essere posti a fondamento di una sentenza di condanna in quanto e nella misura in cui siano valutabili sotto il profilo probatorio. Ciò significa che il giudice del patteggiamento può rendere la decisione soltanto al termine di una indagine volta ad accertare la responsabilità

³³³ C. TAORMINA, *Qualche riflessione in tema di natura giuridica della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 271 ss. Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. I, 4 marzo 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 110; Cassazione penale, sez. III, 26 giugno 1995, in *Giust. pen.*, 1996, III, 364. In dottrina anche A. NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, 2000, cit., 501.

³³⁴ Cassazione penale, s.u., 26 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 2666. La tesi è stata duramente contestata anche in dottrina. Così, si è osservato che “un primo requisito che sembra dover rivestire l’ammissione di responsabilità è quello della certezza [...]. Orbene, tale dimensione può essere riconosciuta solo agli atti espliciti, inequivocabilmente caratterizzati da un intento ammissivo o narrativo. [Invece], l’imputato che chiede l’applicazione della pena, in accordo con il pubblico ministero, non narra fatti, non ammette responsabilità: chiede soltanto la definizione del procedimento” (V. FANIZZI, *Atipicità della sentenza di patteggiamento e principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, 1994, I, 118).

dell'imputato”³³⁵. La tesi in questione è stata tenacemente sostenuta in dottrina, in particolare da chi ha affermato che se l'applicazione della pena su richiesta delle parti prescindesse da un accertamento di responsabilità dell'imputato, la relativa disciplina sarebbe costituzionalmente illegittima sotto molteplici profili³³⁶. A sostegno si adduce la sent. 313 del 1990 della Corte costituzionale, che ha espressamente affermato che la sentenza che applica la pena su richiesta delle parti “[...] non può prescindere dalle prove della responsabilità”, ed anzi, proprio sulla base di tale presupposto, ha potuto respingere una delle questioni di legittimità proposte, nella specie in relazione all'art. 102 comma 2 Cost. – il giudice è soggetto soltanto alla legge - affermando che si è comunque in presenza di un vero e proprio accertamento giurisdizionale, ed escludendo quindi qualsiasi espropriazione della funzione giurisdizionale ad opera delle parti, perché queste, senza l'intervento del giudice, “non avrebbero alcuna possibilità di definire il

³³⁵ A. CONFALONIERI, *Il patteggiamento ridimensionato*, in *Giur. it.*, 1992, II, 534. Recentemente, nello stesso senso, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 416. In giurisprudenza, Cassazione penale, sez. V, 16 giugno 1992, in *Giust. pen.*, 1992, III, 645; Cassazione penale, sez. I, 3 aprile 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 113.; Cassazione penale, sez. I, 26 marzo 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 375.

³³⁶ Nella specie, in riferimento: a) all'art. 13 comma 1 Cost. (la libertà personale è inviolabile, *ergo* è indisponibile); b) all'art. 27 comma 2 Cost. (presunzione di non colpevolezza); c) all'art. 111 comma 6 Cost. (obbligo di motivazione). *Amplius*, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 413 ss.

giudizio”³³⁷. Tuttavia, in altra sentenza, quanto meno contraddittoriamente, la Corte, nel riferirsi al suo precedente pronunciamento, ha affermato che in quella sede si era sottolineato che “l’istituto dell’applicazione della pena su richiesta, anziché comportare un accertamento pieno di responsabilità, basato sul contraddittorio delle parti, trova il suo fondamento primario nell’accordo tra pubblico ministero ed imputato sul merito dell’imputazione”³³⁸.

A questo punto sembra di dover concludere sul tema dei procedimenti speciali. Pur con qualche approssimazione, ci si è occupati dell’introduzione dei riti semplificati, con particolare riguardo alla loro collocazione nell’ambito dell’udienza preliminare. Si sono esaminati i poteri del giudice in quella sede, e le diverse problematiche emerse, sia pure in una più ampia prospettiva non

³³⁷ Ad ulteriore specificazione di quanto sopra detto, va aggiunto che chi ritiene che la sentenza di patteggiamento presuppone comunque un accertamento di responsabilità, *in primis* in forza dell’art. 27 comma 2 Cost., rileva che “l’intesa negoziale determina un abbassamento del *quantum* di conoscenza, ed in definitiva della prova, superando parzialmente l’originaria presunzione di non colpevolezza” Ed ancora, “la verifica della colpevolezza non ha le caratteristiche del processo ordinario, essendo un controllo che sarebbe assurdo in un istituto che ha finalità di semplificare e di deflazionare la giustizia penale. L’accertamento di responsabilità meno completo si giustifica con il consenso dell’imputato a farsi giudicare sulla base degli atti fino a quel momento raccolti, e quindi anche in base ad un *quantum* di prova minore di quello normalmente richiesto” (L. CREMONESI, *Il patteggiamento nel processo penale*, cit., 174 ss.). L’accertamento, allora, si configura solo sommario ed incompleto e richiede un *minimum* di prove di responsabilità idonee a giustificare l’applicazione della pena (G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 416). *Contra*, A. CHILIBERTI – F. ROBERTI – G. TUCCILLO, *op. cit.*, 215, ove si rileva che il principio di cui all’art. 27 comma 2 Cost. va inteso come *divieto di presunzione di colpevolezza* e non come *presunzione d’innocenza*. Nello stesso senso, altri ha ulteriormente precisato che “il significato della norma costituzionale non è nella posizione di una presunzione, ma nel divieto di qualsiasi presunzione” (G. ARICO’, *op. cit.*, 109). Nell’ambito del medesimo indirizzo, si è anche escluso che l’accertamento di responsabilità possa essere implicito nell’accertamento dell’insussistenza di una delle cause di proscioglimento ai sensi dell’art. 129 c.p.p., nel senso di accertamento *in negativo*, tesi questa invece sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale, sent. 155 del 20 maggio 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 1464).

³³⁸ Corte costituzionale, sent. 251 del 6 giugno 1991, in *Cass. pen.*, 1991, II, 708.

necessariamente circoscritta alla fase del processo penale che costituisce oggetto di questo studio. Molto ancora ci sarebbe da dire su questi temi. Tuttavia, una volta esauriti quegli aspetti che non potevano essere tralasciati, pena l'impossibilità di offrire un quadro organico del ruolo dell'udienza preliminare e delle attività che in essa possono concretarsi, è ormai giunto il momento di ricondurre l'analisi entro i più ristretti confini che competono al presente lavoro.

3.12 segue: c) L'attuazione del diritto alla prova.

L'analisi fin'ora condotta consente già di affermare che l'udienza preliminare è fase processuale dalla natura ibrida. Essa è o dovrebbe essere fase ordinariamente rivolta ad assicurare una funzione di filtro o di deflazione e quindi, un alleggerimento del carico degli uffici giudiziari, evitando che pervengano alla fase dibattimentale procedimenti in relazione ai quali gli elementi probatori a sostegno dell'accusa sono inadeguati, e quindi tali da far ritenere del tutto inutile il dispendio di risorse umane e finanziarie inevitabilmente connesso alla celebrazione del giudizio pubblico, posto che il procedimento è destinato a concludersi con una sentenza favorevole all'imputato. In questa prospettiva, dunque, come più volte ripetuto, l'udienza preliminare non è affatto la sede in cui si valuta la colpevolezza o meno dell'imputato, ma è solo fase destinata alla verifica dell'utilità o meno del

dibattimento. Si avrà poi più avanti modo di accertare se e come la riforma operata con la l. 479799 ha mutato questa connotazione dell'udienza preliminare.

Peraltro, come nel paragrafo precedente si è avuto modo di riscontrare, l'udienza preliminare, in quanto fase in cui possono trovare attuazione i procedimenti speciali, può trasformarsi in sede di definizione anticipata del processo, attraverso un giudizio sul merito dell'imputazione, salvo quanto sopra precisato a proposito del patteggiamento.

Tuttavia, la natura ibrida dell'udienza preliminare non si manifesta solo attraverso la duplice veste di filtro delle imputazioni azzardate e/o di giudizio di merito. Infatti, al di là della possibilità che nella fase introdotta con la richiesta di rinvio a giudizio s'innesti la c.d. alternativa inquisitoria, l'udienza preliminare è suscettibile di articolarsi in due distinti modelli, a seconda dello svolgimento o meno del supplemento istruttorio. In dottrina a tal proposito si è parlato di uno svolgimento *ordinario* e di uno svolgimento *eccezionale* dell'udienza preliminare³³⁹, secondo una distinzione per altro già presente nella *Relazione*³⁴⁰.

La legge delega prevede nella lunghissima direttiva 52 “il potere del giudice, nel caso in cui allo stato degli atti non ritenga di accogliere la richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio né di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, di rinviare ad altra udienza affinché le parti forniscano ulteriori elementi ai fini

³³⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 1999, cit., 379 ss.

³⁴⁰ *Relazione*, cit., 102.

della decisione [...]”. Si trattò, tuttavia, solo della formulazione definitiva di una direttiva che nel corso dei lavori preparatori subì numerosi aggiustamenti. Inizialmente, infatti, si era previsto di attribuire al giudice dell’udienza preliminare un potere autonomo d’indagine, affinché egli potesse compiere gli atti “assolutamente indispensabili” ai fini della decisione. Tale soluzione, però, avrebbe snaturato l’udienza preliminare ed avrebbe fatto correre il rischio di compromettere seriamente la terzietà del giudice, ed in termini più generali, la connotazione accusatoria che s’intendeva attribuire al nuovo processo penale. Maturò allora l’idea di attribuire al giudice, impossibilitato a decidere, solo il potere di chiedere al magistrato del pubblico, a sua volta vincolato dalla richiesta, di compiere gli atti indispensabili a tal fine. Tuttavia, anche questa strada appariva non soddisfacente, perché si rischiava che il supplemento istruttorio fosse svolto nell’esclusiva prospettiva dell’accusa e quindi a sostegno di questa. Un’ulteriore riflessione portò, pertanto, alla versione definitiva della direttiva ove, come detto, si stabilì che il giudice potesse invitare *le parti* a fornire ulteriori elementi ai fini della decisione.

Non erano stati per altro solo questi i problemi che l’elaborazione della direttiva aveva suscitato. Come si legge nella *Relazione*, ci si chiese: “l’integrazione probatoria è da realizzarsi fuori udienza, per consentirne poi il rifluire davanti al giudice nella forma del verbale o deve formarsi nella sede giurisdizionale, sia pure con una tecnica diversa da quella del dibattimento, così da

non creare il pregiudizio di una formazione anticipata della prova [...] ?”³⁴¹. Questo essendo il problema, si osservò che se l’acquisizione degli ulteriori elementi probatori fosse avvenuta fuori udienza, si sarebbe verificata un’inopinata regressione del procedimento da una fase processuale qual è quella dell’udienza preliminare ad una fase preprocessuale, qual è invece quella delle indagini preliminari, con la segretezza che la caratterizza. Ciò, tra l’altro, avrebbe consentito al magistrato del pubblico ministero, ad esempio, di sentire un teste senza la presenza del difensore dell’imputato e quindi senza alcun contraddittorio, di far verbalizzare le sue dichiarazioni per poi produrle in sede di udienza preliminare. Per converso, l’imputato che fosse interessato a far assumere la deposizione di un teste a suo favore, avrebbe dovuto chiederlo al magistrato del pubblico ministero. Si sarebbe trattato, come rilevato in dottrina, di un espediente barocco, perché “sarebbe ben strano che, una volta avviata una fase certamente giurisdizionale, la parte che chiede di assumere un mezzo di prova si senta rispondere che non lo si può fare lì, davanti al giudice, ma in un luogo innaturale qual è quello in cui esercita le sue funzioni di parte il pubblico ministero”³⁴². Prevalse allora la soluzione che consentiva una limitata attività probatoria direttamente in sede di udienza preliminare, nel contraddittorio delle parti, rimanendo in ogni caso esclusa l’attribuzione al giudice dell’udienza preliminare del potere di assumere prove *ex*

³⁴¹ *Relazione*, cit. 102.

³⁴² E. AMODIO, *L’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2175.

*officio*³⁴³, onde evitare la riviviscenza, sotto mentite spoglie, della figura del giudice istruttore del codice abrogato.

La direttiva 52 portò quindi alla originaria formulazione dell'art. 422 c.p.p.³⁴⁴, che come già a suo tempo anticipato, era strettamente connesso all'art. 421 comma 4 c.p.p. La norma in questione però, come prevedibile, suscitò fin dall'inizio vivaci discussioni per la sua formulazione. Occorre però innanzitutto verificare qual era la *ratio* della disposizione e la concreta disciplina dalla stessa dettata.

Nella *Relazione* si sottolineò che si era inteso “coniugare la garanzia del diritto alla prova attribuito all'imputato dalla direttiva 69, ed il principio di economia processuale [...]. Seguendo questo impianto costruttivo, la disciplina [...] s'incentra su di un regime ordinario che vede l'udienza preliminare modellata come procedimento allo stato degli atti, cui può far seguito, eventualmente, un regime eccezionale imperniato su limitate acquisizioni probatorie [...]”³⁴⁵. Tale regime eccezionale era previsto per l'ipotesi in cui il giudice dell'udienza preliminare, al termine della discussione, ritenesse di non poter decidere allo stato degli atti. In tal caso, il giudice poteva indicare alle parti temi nuovi o incompleti sui quali fosse necessario acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione. Le parti, a loro volta, così sollecitate dal giudice, potevano sia produrre documenti sia chiedere l'audizione di testimoni e consulenti tecnici nonché l'interrogatorio delle persone

³⁴³ *Relazione*, cit., 101.

³⁴⁴ Ora sostituito dall'art. 22 l. 479/99.

³⁴⁵ *Relazione*, cit., 102.

imputate in un procedimento connesso, mentre l'imputato poteva chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio.

L'elencazione di cui all'art. 422 comma 1 c.p.p. era ritenuta tassativa³⁴⁶. In effetti, la consolidata giurisprudenza costituzionale, coerentemente con quanto si opinava in dottrina e quanto già rilevato nella *Relazione*, riteneva che il diritto alla prova, che pur non poteva non essere riconosciuto all'imputato anche in sede di udienza preliminare, non poteva tuttavia avere un'estensione in tutto e per tutto equiparabile a quella propria del dibattimento. L'udienza preliminare, infatti, rimaneva pur sempre una fase destinata alla verifica della legittimità della domanda di giudizio avanzata dal magistrato del pubblico ministero, ed era solo per evitare situazioni di stallo dovute all'incompletezza del materiale informativo presentato dall'organo dell'accusa che si consentiva al giudice dell'udienza preliminare di promuovere il supplemento istruttorio. Quest'ultimo si configurava, secondo quanto anticipato, come regime eccezionale dell'udienza preliminare, caratterizzato appunto dalle limitazioni oggettive alle attività esperibili. Nessuna violazione al diritto di difendersi provando poteva discendere da un tale sistema, pienamente in linea con la natura e la funzione dell'udienza preliminare, mentre la piena esplicazione del diritto alla prova era riservata al dibattimento.

³⁴⁶ G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 241; G.M. ANCA, "Udienza preliminare", cit. 39; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 349; A. FERRARO, *Il giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1138; O. DOMINIONI, "Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare", cit., 72; A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", cit., 4.

La tesi della tassatività era tuttavia contestata da parte della dottrina la quale, rilevato che la *ratio* dell'elencazione di cui all'art. 422 comma 1 c.p.p. era quella di evitare un eccessivo appesantimento dell'udienza preliminare e la conseguente compromissione degli equilibri del nuovo sistema processuale, imperniato sulla centralità della fase dibattimentale, sottolineava che "l'ammissione di una prova non compresa nell'elenco predetto, di per sé stessa non incrina nemmeno la *ratio* in questione – prova non compresa nell'elenco non significa prova temporalmente più lunga di altra facente parte dell'elenco – ed addirittura una prova pur non ricompresa nell'elenco potrebbe rivelarsi dotata di maggiore decisività e concludenza ai fini della scelta tra non luogo a procedere e rinvio a giudizio, con benefici sulla funzionalità della stessa udienza preliminare"³⁴⁷.

L'attenzione a questo punto si sposta sul criterio di ammissione delle prove. Il comma 2 dell'art. 422 c.p.p. stabiliva che le prove richieste dal pubblico ministero e dal difensore della parte civile erano ammesse dal giudice quando ne risultasse la *manifesta* decisività ai fini del rinvio a giudizio; al contrario, le prove richieste dai difensori delle altre parti private erano ammesse quando ne apparisse *evidente* la decisività ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere³⁴⁸. In

³⁴⁷ D. POTETTI, *Il supplemento istruttorio di cui all'art. 422 c.p.p. ed altri meccanismi di integrazione probatoria nell'udienza preliminare: il gup è ancora un giudice inutile?*, cit., 2311.

³⁴⁸ Il limite della decisività non operava per l'interrogatorio dell'imputato, in quanto esso "si configura come un vero e proprio diritto al cui esercizio il giudice, in presenza della richiesta, ha il dovere di dar corso" (G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 246). Anche, A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", cit., 4; G. LEO, *Problemi dell'udienza preliminare*, cit., 509.

dottrina si rilevava che “quando la decisività di una prova possa dirsi evidente anziché manifesta non è dato comprendere”³⁴⁹, trattandosi in realtà di due diversi aggettivi che esprimono lo stesso concetto, mentre altri opinava che “l’aggettivazione, più enfatica che necessaria, mira soprattutto a sottolineare come il giudizio debba essere particolarmente rigoroso e restrittivo, onde evitare una dilatazione innaturale della parentesi probatoria”³⁵⁰. In ogni caso, al di là del profilo meramente terminologico, si poteva rilevare che il criterio di ammissione di cui all’art. 422 comma 2 c.p.p. era opposto rispetto a quello fissato dall’art. 190 comma 1 c.p.p., il quale, in tema di prove, dispone che il giudice deve escludere le prove vietate dalla legge e quelle che sono manifestamente superflue o irrilevanti. Anche la citata inversione si giustificava con la “preoccupazione di evitare che

³⁴⁹ D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, cit., 206; id., G. PANSINI, “*Udienza preliminare, regole probatorie e procedimenti speciali*”, in AA.VV., “*Udienza preliminare*”, Atti del convegno di Urbino, cit., 96.

³⁵⁰ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 632. In ogni caso, stabilita l’equivalenza delle due locuzioni, rimaneva ferma la dissociazione della posizione delle parti, gravando su di esse l’onere di addurre “prove” a sostegno, rispettivamente, della richiesta di rinvio a giudizio o della sentenza di non luogo a procedere. Era pertanto escluso che il magistrato del pubblico ministero potesse richiedere ed ottenere l’ammissione di prove a discarico. Sotto questo profilo, tuttavia, si delineava una possibile discrasia con l’art. 358 c.p.p., in forza del quale il magistrato del pubblico ministero “svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”, posto che, invece, nella disciplina *de quo* l’ammissibilità della prova era strettamente legata alla rispettiva posizione di parte processuale (in questo senso, in particolare, A. MOLARI, “*Lineamenti e problemi dell’udienza preliminare*”, cit., 67). Il contrasto era però escluso da altri che sottolineava la non operatività della norma richiamata, una volta esercitata l’azione penale ed iniziata la fase processuale, contraddistinta dal principio della disponibilità della prova (O. DOMINIONI, “*Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*”, cit., 73; A. SCAGLIONE, *loc. cit.*). In ogni caso, anche al di là di tale disputa, la formulazione della norma in questione (art. 422 comma 2 c.p.p.) era ritenuta “poco limpida [in quanto] è ammissibile ogni apporto idoneo a modificare l’accusa, in peggio o a favore dell’imputato” (F. CORDERO, *Procedura penale*, 1995, cit., 783). Più ampiamente, altri respingeva una lettura eccessivamente restrittiva della norma, affermando che essa doveva essere interpretata nel senso che “non possono essere ammesse prove irrilevanti, che non mutano neppure di poco la posizione dell’imputato” (G.M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, cit., 40).

l'udienza preliminare possa assumere le sembianze di un'antica ed aborrita istruzione formale”³⁵¹.

Il comma 4 dell'art. 422 c.p.p. prendeva poi in considerazione l'ipotesi che le persone di cui il giudice avesse disposto l'audizione o l'interrogatorio, non fossero presenti in udienza. In tal caso, si prevedeva che il giudice con l'ordinanza di ammissione ne disponesse la citazione, a cura delle parti che ne avessero fatto richiesta, per una nuova udienza fissata entro il termine di durata massima delle indagini preliminari, oppure, qualora esso fosse già trascorso, per una data non posteriore al sessantesimo giorno dalla sua scadenza (commi 5 e 6). Era poi previsto che del provvedimento fosse data comunicazione al Procuratore generale presso la Corte di appello. In dottrina si era ritenuto che tale ultima precisazione fosse scarsamente comprensibile, data la mancanza in tal caso in capo al Procuratore generale di un potere di avocazione³⁵². A ben vedere, tuttavia, la comunicazione trovava la sua ragion d'essere nella necessità di consentire al Procuratore generale di esercitare un controllo, per l'eventualità che il rinvio dell'udienza fosse addebitabile a negligenza del magistrato del pubblico ministero, e quindi in funzione di eventuali iniziative disciplinari³⁵³.

³⁵¹ D. POTETTI, *op. ult. cit.*, 2309.

³⁵² G.M. ANCA, “*Udienza preliminare*”, cit., 40.

³⁵³ In senso critico si osservava che “siamo arrivati all'assurdo che il riconoscimento del diritto di difendersi provando spettante all'imputato, potrebbe provocare conseguenze spiacevoli nei confronti del magistrato del pubblico ministero” (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 1999, cit., 382).

Di particolare rilievo, poi, era la disposizione del comma 7, ove si prevedeva che “l’audizione e l’interrogatorio delle persone indicate al comma 1 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero ed i difensori possono porre domande a mezzo del giudice [...]. Successivamente, il pubblico ministero ed i difensori formulano ed illustrano le rispettive conclusioni”. Nella *Relazione* si affermava che questa disciplina rispondeva all’esigenza di evitare l’assimilazione dell’attività probatoria svolta in udienza preliminare a quella propria del dibattimento. Sulla base di questa motivazione “è sembrato corretto attribuire [al giudice] il potere di condurre l’audizione e l’interrogatorio, salvo ovviamente il diritto delle parti di porre domande, ribaltando il regime tipico della fase dibattimentale”³⁵⁴ fondato sulla regola dell’esame diretto.

Questa, dunque, in via di prima approssimazione, la disciplina del supplemento istruttorio in sede di udienza preliminare, secondo quanto previsto dalla vecchia formulazione dell’art. 422 c.p.p. E’ ora necessario esaminare gli aspetti più problematici di questa disciplina.

Una prima questione nasceva sul piano terminologico. La dottrina, infatti, evidenziava la contraddittorietà del linguaggio utilizzato dal legislatore delegato, posto che nella rubrica e nel comma 1 dell’articolo in commento si discorreva, rispettivamente, di *sommario* ed *ulteriori informazioni*, mentre al comma 2 si usava

³⁵⁴ *Relazione*, cit., 102.

esplicitamente la dizione *prove*³⁵⁵. Nella *Relazione* si affermava che nella rubrica la locuzione “sommarie informazioni ai fini della decisione” era formula “deliberatamente riduttiva” che sottintendeva il carattere eccezionale dell’attività probatoria destinata a svolgersi in sede di udienza preliminare. Invece, per giustificare l’utilizzo del termine *prove* nel corpo dell’articolo, si affermava che “non si può evidentemente ignorare che in una fase genuinamente giurisdizionale ove c’è ormai pienezza di contraddittorio, gli espedienti lessicali volti a degradare il valore di ciò che si compie ai fini della decisione finiscono per disorientare più che aiutare l’interprete. E’ sembrato perciò che, a far intendere l’efficacia interna alla fase degli atti compiuti nell’udienza preliminare, sia più idonea la tecnica di escussione probatoria diversa da quella dibattimentale, che non invece la pura e semplice variante linguistica che ripudia il termine *prova* nella sua pura e semplice valenza semantica”³⁵⁶. Ora, pur dovendosi rilevare che la questione rimaneva comunque circoscritta al piano lessicale, e che se certamente l’utilizzo di una diversa terminologia, pur essendo apprezzabile sotto il profilo sistematico, non avrebbe in alcun modo modificato la natura dell’attività compiuta, agli occhi di chi scrive appare assolutamente evidente la farraginosità delle motivazioni addotte dalla Commissione redigente, soprattutto ove si consideri che in altra sede si era

³⁵⁵ D. BIELLI, *Natura e funzione dell’udienza preliminare*, cit., 266; D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, cit., 205.

³⁵⁶ *Relazione*, cit., 103.

dedicata molta maggiore attenzione ad un uso appropriato dei termini³⁵⁷. Rimaneva comunque condivisibile l'osservazione di chi riteneva il problema frutto di una mera imprecisione semantica, in quanto tale valutabile come difetto assolutamente veniale, anche in considerazione della consapevolezza manifestata dal legislatore della natura degli atti compiuti, che al di là del profilo terminologico, erano pur sempre destinati ad esaurire la propria rilevanza nell'ambito della fase³⁵⁸.

In verità, la medesima questione poteva essere vista anche in un'altra prospettiva. C'era infatti anche chi riteneva, con riguardo agli atti compiuti in sede di supplemento istruttorio, che ad onta della dizione "sommarie informazioni" usata nella rubrica dell'articolo in commento, pur sempre di prove si trattava, come poi riconosciuto con il *lapsus* del comma 2³⁵⁹, sia pure prove da utilizzare esclusivamente ai fini della decisione *de quo*. Del resto in dottrina si era osservato

³⁵⁷ Si vedano a tal proposito i rilievi di A. MOLARI, "Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare", cit., 68.

³⁵⁸ Infatti, al di là di quelle che sono state definite "sottovalutabili pecche nell'uso dei termini", il legislatore chiaramente intese limitare l'efficacia delle "prove" assunte secondo le modalità di cui all'art. 422 c.p.p., esclusivamente alla fase dell'udienza preliminare. Era pertanto esclusa la loro utilizzazione come prove ai fini del giudizio, potendo esse essere oggetto di valutazione solo in quella sede. A conferma, nella *Relazione* (pag. 102) si richiamava l'art. 427 del progetto preliminare (divenuto l'art. 431 del testo definitivo), il quale "non menziona il verbale dell'udienza preliminare nell'elenco degli atti che formano il fascicolo del dibattimento". Il verbale dell'udienza preliminare confluiva, invece, nel fascicolo del pubblico ministero, e quindi non poteva fare ingresso nel dibattimento, salva la sua utilizzabilità ai fini delle contestazioni e delle letture. D'altra parte, come già rilevato, proprio l'esigenza di scongiurare l'inopinata assimilazione tra le prove vere e proprie e gli atti compiuti in sede supplemento istruttorio, aveva indotto il legislatore a prevedere, all'art. 422 comma 7 c.p.p., una tecnica di assunzione diversa da quella della fase dibattimentale, essendosi stabilito che le domande alle persone da escutere dovevano essere rivolte dal giudice, con esclusione quindi dell'esame diretto ed incrociato ad opera delle parti. In dottrina, tuttavia, si rilevava che ciò determinava una "grave violazione del principio del contraddittorio" essendo stato adottato "un metodo antico e da tutti criticato", chiaramente espressione di una matrice inquisitoria (D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 266). Anche, G. M. ANCA, "Udienza preliminare", cit., 41; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, cit., 656.

³⁵⁹ G. M. ANCA, "Udienza preliminare", 39.

che “ai fini del rinvio a giudizio o del non luogo a procedere, un atto investigativo e una prova sono la stessa cosa, al punto che lo stesso legislatore, certamente indotto alla qualificazione come *informazioni* degli atti di cui si tratta per evitare fraintendimenti a cagione di una assunzione tanto solenne e tanto giurisdizionalizzata come quella dell’udienza preliminare, che avrebbe potuto far pensare ad un’utilizzabilità dibattimentale, è incorso, sia pure involontariamente ma significativamente, nel *lapsus calami* di qualificare prove al comma 2 dell’art. 422 quelle che al comma 1 aveva qualificato informazioni”³⁶⁰. In questa prospettiva potevano dunque essere superate le perplessità relative all’improprio utilizzo del termine prova con riguardo all’udienza preliminare, perplessità derivanti dalla nota centralità del dibattimento ai fini della formazione della prova stessa.

A questo punto, però, si poneva un ulteriore problema, ossia quello relativo all’applicabilità della disciplina generale in tema di prove, e nella specie della disciplina dettata dal libro III (artt. 187 ss. c.p.p.). L’applicabilità di tale normativa in sede di udienza preliminare era espressamente affermata nella *Relazione*³⁶¹. In dottrina, pur concludendosi per la tesi positiva, sulla base del carattere giurisdizionale dell’udienza preliminare, si precisava tuttavia trattarsi di “applicabilità tendenziale e non assoluta, e più esattamente di un’applicabilità

³⁶⁰ C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, cit., 651. Anche, G. CONSO, *Conclusioni di un dibattito sull’udienza preliminare*, cit., 75; id., “*Conclusioni*”, cit., 195.

³⁶¹ *Relazione*, cit., 59.

condizionata alla compatibilità di tale disciplina con la natura dell'udienza preliminare, ed in particolare con la sua funzione, che non è quella di sostituire il dibattimento, ma solo di stabilire se il dibattimento sia o meno superfluo”³⁶².

Al di là di questi aspetti, per quanto riguarda i veri nodi centrali della disciplina in questione, dalla lettura del combinato disposto degli artt. 421 comma 4 e 422 c.p.p., sembrava emergere con sufficiente chiarezza che il presupposto del supplemento istruttorio previsto dalla norma era costituito dall'impossibilità del giudice di decidere allo stato degli atti. Nell'esplicare il significato di tale presupposto, si affermava che il giudice poteva procedere ai sensi dell'art. 422 c.p.p, quando rilevava “sulla base delle risultanze probatorie già acquisite, l'esistenza di questioni di fatto non indagate o non sufficientemente indagate, e che, tuttavia, possono essere ulteriormente oggetto di apporto probatorio. In altri termini, il giudice può avvalersi del potere riconosciutogli dall'art. 422 c.p.p. quando coglie una situazione di *stallo* determinata dall'insufficienza o non risolutività degli apporti probatori e, nondimeno, dall'esame di questo stesso

³⁶² D. POTETTI, *op. ult. cit.*, 2309. *Amplius*, G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 240; G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 634; A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 80; G. PANSINI, “*Udienza preliminare, regole probatorie e procedimenti speciali*”, cit., 98.

insufficiente quadro probatorio coglie spunti, elementi, temi che si presentano suscettibili di approfondimento”³⁶³.

Altra parte della dottrina, tuttavia, escludeva che l’integrazione probatoria trovasse il suo presupposto in una situazione di *impasse* o di stallo che dir si voglia, tale da rendere impossibile la decisione allo stato degli atti. Si osservava, infatti, che la direttiva 52 della legge delega, testualmente prevedeva il potere del giudice, nel caso in cui *non ritenesse* di poter decidere allo stato degli atti, di rinviare ad altra udienza. L’espressione utilizzata rappresentava, quindi, il riconoscimento di un “potere discrezionale del giudice di procrastinare la decisione al fine di stimolare le parti ad offrire elementi in più”, e ciò non per superare una situazione di stallo, ma solo per rendere possibile un approfondimento del quadro probatorio, in grado di dare maggior fondamento alla richiesta di rinvio a giudizio

³⁶³ F. ROBERTI, *L’udienza preliminare. Poteri delle parti ed iniziative del giudice*, cit., 20. Anche, D. BIELLI, *Natura e funzione dell’udienza preliminare*, cit., 266; A. GALATI, “*L’udienza preliminare*”, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, II, cit., 1996, 201. Una parte della dottrina, tuttavia, riteneva che il presupposto del supplemento istruttorio doveva essere individuato non nell’inconcludenza delle indagini preliminari, intesa come incertezza o contraddittorietà degli elementi probatori raccolti, in quanto tali non risolutivi, ma piuttosto nell’incompletezza delle stesse, che lasci spazio “per un approfondimento investigativo potenzialmente idoneo a rovesciare il giudizio provvisorio di necessità o superfluità del dibattimento” (F. CAPRIOLI, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 292 ss.). La tesi era sostenuta anche da A. SCALFATI, *L’udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 76; A. NAPPI, “*Udienza preliminare*”, cit., 526, secondo il quale “non si tratta di un’ipotesi di insufficienza o contraddittorietà della prova che risulterebbe già risolta nel senso del rinvio a giudizio, in applicazione dell’art. 425 c.p.p., ma si tratta di un’ipotesi di violazione del dovere di completezza delle indagini che incombe sul pubblico ministero”. *Contra*, D. POTETTI, *op. cit.*, 2308, secondo cui contava non tanto chiedersi se il potere di cui all’art. 422 c.p.p. trovasse il suo fondamento nell’incompletezza delle indagini ovvero nella contraddittorietà o insufficienza degli esiti delle stesse, quanto piuttosto avere come scopo la verifica dell’utilità o meno della celebrazione del dibattimento. Rispetto a questo scopo, il supplemento istruttorio era prezioso sia nel caso di indagini incomplete che in caso di indagini insufficienti o contraddittorie. Sull’insufficienza o contraddittorietà della prova in sede di udienza preliminare, *retro*, 3.3, pag. 177 ss.

o alla sentenza di non luogo a procedere³⁶⁴. Si osservava, infatti, che nell'ipotesi in cui le parti non avessero dato seguito alla richiesta del giudice d'integrazione probatoria, questi avrebbe ugualmente dovuto decidere, e ciò "con gli stessi parametri di giudizio con i quali avrebbe deciso prima ed in base ai quali ha ritenuto di non poterlo fare, sicché ora diverrebbe possibile quel che allora era impossibile, pur senza che sia alcunché sia mutato"³⁶⁵. Per questi motivi, in definitiva, il presupposto del supplemento istruttorio si riteneva non potesse essere individuato nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti, ma piuttosto nella *opportunità* di differire l'epilogo dell'udienza preliminare, al fine di acquisire ulteriori elementi, che le parti erano sollecitate ad offrire³⁶⁶.

La questione, quindi, era strettamente connessa ad altri due problemi, ossia quello della posizione delle parti a fronte della richiesta del giudice di fornire ulteriori elementi, e quello dell'esito del supplemento istruttorio con la conseguente decisione del giudice dell'udienza preliminare. Sotto il primo profilo, in dottrina si osservava che le parti non erano in alcun modo vincolate dalla richiesta del giudice, potendo esse liberamente aderirvi o, in caso contrario, rimanere anche del tutto

³⁶⁴ G. FRIGO, "Udienza preliminare", cit., 630. Anche, G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 229 s.; M. GAMBARDELLA, "Udienza preliminare", cit., 560; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 1999, cit., 381.

³⁶⁵ G. FRIGO, *loc. cit.*

³⁶⁶ S. LORUSSO, *Provvedimenti allo stato degli atti e processo penale di parti*, Giuffrè, Milano, 1995, 295.

inerti, e ciò eventualmente per motivi di tattica o strategia processuale³⁶⁷. Tale assunto non era però unanimemente condiviso, per la sua asserita incompatibilità con la lettera dell'art. 422 c.p.p., evidenziandosi inoltre che l'ordinamento prevede rimedi adeguati a fronte dell'eventuale inerzia investigativa del magistrato del pubblico ministero³⁶⁸. L'impostazione però non appariva condivisibile, perché al di là degli eventuali rimedi extraprocessuali apprestati, per altro ragionevolmente prospettabili solo nei confronti della parte pubblica, poteva, di fatto, accadere che le parti non si attivassero ai fini dell'integrazione probatoria, e nessuna sanzione specifica era prevista per il caso di inadempimento totale o parziale del presunto obbligo. Più correttamente allora, altra parte della dottrina descriveva la posizione delle parti in termini di *onere*, inteso come attività da espletare per la realizzazione di un proprio interesse processuale³⁶⁹. Anche nell'ambito di questa posizione, tuttavia, si affermava l'impossibilità per il magistrato del pubblico ministero “di scegliere di non provare *ex art. 422 c.p.p.* al fine di accedere al dibattimento”, attesa la sua veste di organo pubblico³⁷⁰.

³⁶⁷ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 83 s; D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 266.

³⁶⁸ G. LEO, *Problemi dell'udienza preliminare*, cit., 508. Il riferimento è in particolare all'avocazione delle indagini.

³⁶⁹ O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 73; A. NAPPI, “*Udienza preliminare*”, cit., 526. Nella stessa *Relazione* (pag. 102) si affermava che “il supplemento istruttorio, pur essendo introdotto dall'iniziativa delle parti, in assolvimento dei rispettivi *oneri probatori*, nasce dalla posizione del tema da parte del giudice”; ed ancora, che “*l'onere delle parti* di fornire gli elementi di prova secondo quanto richiesto dalla direttiva 52, è descritto nel comma 2 dell'art. 419 (art. 422), imperniato sulla distinzione tra prove a carico e prove a discarico”.

³⁷⁰ D. POTETTI, *op. cit.*, 2321.

Il vero problema era però capire che cosa avrebbe dovuto fare il giudice a fronte dell'inerzia delle parti. C'erano due punti fermi: per un verso, si escludeva in linea di principio un'iniziativa probatoria *ex officio* del giudice; per altro verso, rimaneva preclusa una pronuncia di *non liquet*, per la sua incompatibilità con l'ordinamento vigente. Il giudice, quindi, in ogni caso, non poteva certo rinunciare a decidere dovendo egli comunque esprimere una decisione sulla base degli elementi a sua disposizione. In merito poi alla decisione da adottare, in dottrina si rilevò che “l'eventuale incapacità delle parti di intraprendere iniziative probatorie utili ai fini della decisione, [avrebbe dovuto] condurre il giudice dell'udienza preliminare a decidere comunque ispirandosi al criterio di ripartizione dell'onere della prova dettato dalla presunzione di non colpevolezza”³⁷¹.

La dottrina maggioritaria, invece, riteneva che la soluzione del problema dovesse essere individuata nella direttiva 52 della legge delega, dalla quale poteva desumersi *l'obbligo del giudice dell'udienza preliminare di pronunciare sentenza di non luogo a procedere qualora non fossero stati forniti elementi per il giudizio*³⁷². Si rilevava a tal proposito che “la regola è tanto precisa e specifica da rendere superflua qualsiasi aggiunta”, mentre le eventuali perplessità derivanti dal

³⁷¹ D GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 207.

³⁷² A. GALATI, “Le ulteriori informazioni ed i criteri decisori nell'udienza preliminare”, cit., 121; id., “Udienza preliminare”, cit., 202; A. SCALFATI, *op. cit.*, 83; D. BIELLI, *op. cit.*, 266; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 1997, cit., 343; id., *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, cit., 1084; G. CONSO, *Conclusioni di un dibattito sull'udienza preliminare*, cit., 74; id., “Conclusioni”, cit., 193. In giurisprudenza, Corte di Appello di Torino, 15 novembre 1995, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 286. Con una nota a commento della citata sentenza, *contra*, F. CAPRIOLI, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, cit., 297.

fatto che la regola di giudizio prevista dalla direttiva 52 per l'ipotesi in cui il giudice fosse ricorso al supplemento istruttorio, non era stata recepita in un'apposita norma codicistica, potevano essere agevolmente superate considerando la legge delega come fonte integratrice della disciplina delegata, ed in quanto tale, facente parte con essa di un unico *corpus* legislativo, e quindi direttamente applicabile³⁷³.

Sempre a proposito della disciplina dettata dall'art. 422 c.p.p., in una prospettiva più generale, si osservava che in una logica accusatoria "l'organo giudicante dovrebbe intervenire solo a conclusione dell'attività istruttoria svolta dalle parti, e non certo per interloquire sul merito delle acquisizioni probatorie, ma unicamente per valutare la loro riconducibilità nell'ambito del *thema decidendi*; [...] al giudice non dovrebbe essere consentito potenziare gli apporti argomentativi delle parti"; piuttosto, a fronte dell'insufficienza degli elementi addotti a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio, si sarebbe dovuto applicare rigorosamente il principio *actore non probante reus absolvitur*, e quindi pronunciare *sic et simpliciter* sentenza di non luogo a procedere³⁷⁴. D'altra parte, si riteneva non avesse molta importanza il fatto che il giudice si limitasse a sollecitare l'iniziativa delle parti e non intervenisse *ex officio*; si opinava trattarsi di "un apprezzabile espediente sul piano estetico, ma che non cambia certo la sostanza delle cose, in

³⁷³ A. GALATI, *loc. cit.*

³⁷⁴ G. TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel sistema accusatorio del nuovo codice di procedura penale*, cit., 389.

quanto, ancorché attraverso la stimolazione degli interessati, il giudice avrà contribuito pur sempre a determinare l'indirizzo probatorio ed a fissare i termini del *thema decidendi* secondo un proprio convincimento". Ciò, come rilevato in dottrina, faceva sorgere forti perplessità sul piano dell'imparzialità dell'organo giudicante³⁷⁵.

In ogni caso, anche il divieto per il giudice dell'udienza preliminare di procedere ad un'attività probatoria *ex officio*³⁷⁶ subì un ridimensionamento nella prassi. In giurisprudenza, sorprendentemente, si affermò che "al di là dei limiti imposti dall'art. 422 c.p.p., il giudice dell'udienza preliminare, allorché debba emettere una sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità e debba di conseguenza applicare una misura di sicurezza, può disporre perizia al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, dovendosi, diversamente opinando, rinviare a giudizio l'imputato al solo scopo di permettere l'espletamento della prova da parte del giudice del dibattimento"³⁷⁷. *Nulla*

³⁷⁵ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 77; A. SCAGLIONE, "Udienza preliminare", cit., 4. L'opposta tesi, invece, era sostenuta da V. GREVI, "Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari", cit., 34. In proposito, *retro*, 3.6, pag. 155 s., note 88 e 89.

³⁷⁶ *Relazione*, cit., 101.

³⁷⁷ Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Piacenza, 13 giugno 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 427. E' utile ricordare che la citata pronuncia, precedette la sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 10 febbraio 1993, che dichiarò l'illegittimità dell'art. 425 c.p.p., in merito alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità. Tuttavia, chi riteneva che la sentenza della Corte costituzionale fosse ormai "datata", a seguito della l. 105/93, coerentemente affermava che il divieto di disporre la perizia per accertare il difetto d'imputabilità, che si riconosceva rispondere alla lettera della disciplina codicistica, costituiva "una carenza normativa irrazionale" (S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 86). Si veda *retro*, 3.9, pag. 196 s.

quaestio, invece, per quanto riguarda la possibilità per il giudice dell'udienza preliminare di disporre, *ex art. 70 c.p.p.*, anche d'ufficio, la perizia in ordine alla capacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo³⁷⁸. Inoltre, con la sentenza 190 del 2 maggio 1991³⁷⁹, la Corte costituzionale riconobbe il potere del giudice dell'udienza preliminare di disporre il sequestro a norma dell'art. 368 c.p.p., quando esso, nel corso delle indagini preliminari, fosse stato inutilmente richiesto dalla difesa al magistrato del pubblico ministero, che, dissentendo, non abbia investito il giudice della richiesta stessa³⁸⁰.

Esaurita, per quanto possibile, la trattazione della disciplina dettata dal vecchio art. 422 c.p.p., occorre da ultimo prendere in considerazione un'altra questione che pure attiene alle attività probatorie che possono essere espletate in sede di udienza preliminare. La Corte costituzionale, con la sent. n. 77 del 10 marzo 1994³⁸¹, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 c.p.p. “nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza

³⁷⁸ A. NAPPI, “*Udienza preliminare*”, cit., 527; S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*, cit., 84.

³⁷⁹ *Cass. pen.*, 1991, II, 567.

³⁸⁰ Si può poi ricordare un significativo orientamento della Cassazione secondo cui “le operazioni di trascrizione delle telefonate intercettate possono essere dirette e fatte eseguire dal giudice dell'udienza preliminare, quando il pubblico ministero – al momento della chiusura delle indagini preliminari, formulando la richiesta di rinvio a giudizio – depositi i verbali di registrazione. L'udienza preliminare è infatti deputata, oltre che alla valutazione di elementi di prova già acquisiti, anche all'assunzione, ove necessario, di elementi nuovi utili alla decisione (Cassazione penale, sez. II, 12 gennaio 1993, in *Giur. it.*, 1995, II, 126).

³⁸¹ *Cass. pen.*, 1994, II, 1788; *Giust. pen.*, 1994, 129.

preliminare”. La Corte, infatti, rilevato che l’istituto dell’incidente probatorio è preordinato a consentire alle parti l’assunzione delle prove non rinviabili al dibattimento, ed osservato che le stesse prove non rinviabili possono essere assunte, a richiesta di parte, nella fase degli atti preliminari al dibattimento *ex art. 467 c.p.p.*, ha affermato che “la preclusione all’esperimento dell’incidente probatorio nella fase dell’udienza preliminare si rivela priva di ogni ragionevole giustificazione e lesiva del diritto delle parti alla prova e, quindi, del diritto di azione e di difesa”. In effetti, attesa l’esperimentabilità dell’incidente probatorio nella fase delle indagini preliminari, e considerato il meccanismo predisposto dall’art. 467 c.p.p., l’udienza preliminare finiva per rappresentare l’unico segmento processuale nel quale un istituto tipico di cautela probatoria non poteva trovare attuazione³⁸².

In merito alla citata sentenza, in dottrina si è rilevato che “la dedotta questione di legittimità costituzionale, nell’impianto originario del codice, sarebbe stata difficilmente accolta, attesa la normale inutilizzabilità ai fini decisori degli atti

³⁸² In dottrina, per altro, si era rilevato che quella del legislatore era stata “una scelta pienamente consapevole” (D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, cit., 277). Il legislatore, infatti, in forza del principio d’immediatezza, considerava un pregiudizio per l’imputato la formazione anticipata della prova, sia pure in contraddittorio. In questa prospettiva, quindi, aveva fortemente limitato il supplemento istruttorio di cui all’art. 422 c.p.p. ed aveva ristretto l’ambito d’applicabilità dell’incidente probatorio, escludendolo in sede di udienza preliminare. Del resto, nella stessa *Relazione* (cit., 190) si ricordava che la Commissione bicamerale aveva proposto di sopprimere l’art. 467, “ritenendo preferibile prevedere che prima del dibattimento le prove potessero essere acquisite solo nell’incidente probatorio, onde evitare che in virtù dell’art. 467 si estendesse anche all’udienza preliminare la possibilità di assumere prove urgenti”. Il suggerimento fu tuttavia respinto, osservandosi che “l’art. 467 è destinato a trovare applicazione [...] solo nella fase degli atti anteriori al dibattimento, che è successiva alla chiusura sia delle indagini preliminari sia dell’eventuale udienza preliminare”. Sul punto, anche A. MACCHIA, *Incidente probatorio ed udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, II, 1790.

d'indagine preliminare”³⁸³. Ormai però, le nuove normative introdotte, frutto, come noto, di interventi sia del Giudice costituzionale sia del legislatore, avevano profondamente inciso sull'originaria connotazione accusatoria del processo penale, e delineato in termini radicalmente diversi il rapporto tra indagini preliminari e processo, attraverso soprattutto il nuovo regime delle letture e delle contestazioni.

Per cui, “l'elemento perturbatore del sistema processuale”³⁸⁴ derivante dalla sempre maggiore utilizzabilità ai fini del giudizio degli atti delle indagini preliminari, doveva trovare un suo parziale riequilibrio attraverso l'estensione dei poteri probatori nella fase anteriore al dibattimento. In questa prospettiva, dunque, la sentenza della Corte certamente si poneva e si pone, come un elemento di notevole rafforzamento della posizione dell'imputato, in quanto teso a favorire il ruolo della difesa.

Ciò detto, la pronuncia della Corte non ha mancato di sollevare taluni rilievi, sotto il profilo della ricaduta della sentenza sulla disciplina e sulla fisionomia originaria dell'udienza preliminare. Si è così detto che “la possibilità di effettuare l'incidente probatorio nell'udienza preliminare fa sì che l'assunzione di una prova utilizzabile in sede dibattimentale sia divenuta ammissibile. Di conseguenza, non è più esatto definire l'udienza preliminare un procedimento allo stato degli atti giacché, in presenza di una delle situazioni delineate dall'art. 392 c.p.p., si può

³⁸³ A. CASELLI LAPESCHI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: un'opinione critica sull'apertura della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, I, 100.

³⁸⁴ P. TONINI, *L'incidente probatorio in udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, III, 1995.

inserire nell'udienza preliminare una vera e propria attività istruttoria"³⁸⁵. In termini più specifici, l'inserimento dell'incidente probatorio in sede di udienza preliminare, ha suscitato non pochi problemi sul piano della compatibilità e del coordinamento dei due istituti. Problemi scaturenti, per esempio, dalla forzata convivenza in una medesima fase processuale, di due procedimenti probatori e di due tecniche diverse di escussione probatoria, atteso che in sede di incidente probatorio si osservano le forme proprie del dibattimento, diversamente da quanto avviene in udienza preliminare. Ancora, si pensi al diverso presupposto per l'ammissione della prova – manifesta decisività e non rinviabilità - o alla diversa destinazione di quanto acquisito – fascicolo del dibattimento e fascicolo del magistrato del pubblico ministero. Delicata è anche la questione riguardante l'individuazione dei soggetti legittimati ad avanzare la richiesta di incidente probatorio in udienza preliminare. In effetti, l'istituto era stato originariamente concepito come fase incidentale nell'ambito delle indagini preliminari. Di qui, il riferimento, nel comma 1 dell'art. 392 c.p.p., solo al magistrato del pubblico ministero ed alla persona sottoposta alle indagini, nonché la particolare disposizione di all'art. 394 c.p.p., per quanto riguarda la persona offesa. Norme queste, come rilevato in dottrina, che certamente “risentono delle caratteristiche di una fase, come quella delle indagini, che postula l'assenza di parti in senso

³⁸⁵ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 1997, 353.

tecnico”³⁸⁶. Unanimemente, poi, si è sottolineato l’inevitabile allungamento dei tempi processuali, conseguente all’ammissione dell’incidente probatorio, in contrasto con la scelta originaria del legislatore, improntata alla massima snellezza e rapidità dell’udienza preliminare.

Queste ed altre difficoltà interpretative e funzionali³⁸⁷, avrebbero ben potuto essere risolte dal legislatore con la l. 479/99, atteso l’intervento, certamente non marginale, operato sulla disciplina dell’udienza preliminare. Invece, come rilevato in dottrina, si è persa “l’occasione di modulare i problematici rapporti tra lo sviluppo del materiale cognitivo fisiologicamente condotto in vista degli epiloghi e l’incidente probatorio, appunto, praticabile durante l’udienza, con inevitabili oscillazioni sul terreno del coordinamento esegetico ed inutili ricadute sulla ragionevole durata dello stadio preliminare”³⁸⁸.

3.13 *La riforma del codice di procedura penale.*

³⁸⁶ A. MACCHIA, *Incidente probatorio ed udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, cit., 1791.

³⁸⁷ *Amplius*, oltre alle fonti da ultimo citate: A. VIRGILIO, *Proponibilità dell’incidente probatorio nell’udienza preliminare: riflessioni*, in *Giust. pen.*, 1994, I, 129 ss.; G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., 215 ss.; D. POTETTI, *Il supplemento istruttorio di cui all’art. 422 c.p.p. ed altri meccanismi d’integrazione probatoria: il gup è ancora un giudice inutile?*, cit., 2314 s.; A. MACCHIA, *Giudice dell’udienza preliminare: giudice di merito o giudice di rito*, cit., 549.

³⁸⁸ A. SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2813. Nello stesso senso, R. BRICCHETTI, *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, in *Guida dir.*, 1/ 2000, XLI.

La l. 479 del 16 dicembre 1999 s'inserisce in un più ampio quadro di riforma della disciplina processualpenalistica vigente in Italia. Nel 1988 era stato introdotto un codice di procedura penale che, pur con qualche compromesso, discendente dalla sua natura ibrida o se si preferisce "mista", nel senso a suo tempo specificato, si caratterizzava per una scelta di tipo tendenzialmente accusatorio. Ora, prerogative di un sistema accusatorio dovrebbero essere, la parità tra accusa e difesa, la formazione della prova direttamente in dibattimento e la terzietà del giudice. Tuttavia, subito dopo l'introduzione del nuovo codice, si è cominciato a lavorare a colpi di piccone, per distruggere l'originaria impostazione, attribuendo maggiori poteri al magistrato del pubblico ministero, minando il principio secondo cui la prova, in ossequio al principio d'immediatezza e di oralità, si forma in dibattimento, ed appiattendo la figura del giudice su quella dell'organo inquirente, nella specie durante la fase delle indagini preliminari. Quest'opera quasi "scientifica" di distruzione si è realizzata attraverso le sentenze della Corte costituzionale, le leggi ordinarie e le scelte operate sul campo dalla giurisprudenza di merito e di legittimità. Il codice, allora, non era servito a niente, perché si era sviluppato un meccanismo in grado di modificare e/o disapplicare le norme, anche indipendentemente dalla loro originaria formulazione.

A ciò si aggiunga che la dichiarata scelta accusatoria non aveva certo risolto gli endemici problemi del grande malato, il processo penale, nel quadro, per altro, di un sistema giustizia ove la preoccupazione principale, come più volte sottolineato,

era ed è, ancora prima delle grandi scelte di principio od ideologiche, quello del funzionamento delle strutture, dell'efficienza e di una organizzazione razionale capace di rispondere in tempi brevi alla crescente domanda di legalità. Infondo, la civiltà di una società si vede anche e soprattutto dal modo in cui funzionano i suoi tribunali.

La situazione maturata dopo il primo decennio di applicazione del nuovo codice di procedura penale, ha pertanto indotto il legislatore ad operare una rivisitazione di ampio raggio del sistema. Un primo consistente passo in questa direzione è stato compiuto con il d.lgs. 51/98, istitutivo del giudice unico di primo grado, emanato in attuazione della legge delega 254/97. La riorganizzazione degli uffici giudiziari operata con tale provvedimento, attraverso la soppressione delle preture e delle procure della Repubblica presso le stesse, e la connessa ridefinizione della struttura organizzativa dei tribunali, nel quadro di un complessivo intervento volto a razionalizzare l'impiego delle risorse umane ed infrastrutturali, costituì una riforma che andava nella direzione di una maggiore efficienza del sistema giudiziario, attraverso un intervento sul profilo strutturale della macchina della giustizia e non semplicemente sul profilo procedurale.

Ben presto, tuttavia, in dottrina e negli ambienti giudiziari, furono avanzate serie perplessità sulla nuova normativa. Si rilevò, infatti, che l'applicazione, per il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, della disciplina originariamente prevista per il rito pretorile, unita al sensibile ampliamento della

sfera cognitiva del giudice monocratico, avrebbero portato all'estensione di un rito originariamente previsto per reati minori, e quindi semplificato, anche a reati di notevole gravità, e nella specie, secondo il criterio quantitativo, reati sanzionati con una pena fino a venti anni (artt. 33 *bis* e *ter* c.p.p., come introdotti dall'art. 169 d. lgs. 51/98), a fronte dei quattro anni di pena detentiva che costituivano il limite massimo della competenza del pretore. Pertanto, la preoccupazione di tutelare l'imputato a fronte del rischio di un eccessivo ampliamento del potere sanzionatorio del giudice monocratico, portò, nel quadro di un nuovo clima maturato a favore di un recupero della collegialità, ad un rinvio dell'operatività della nuova disciplina, stabilendosi che essa, limitatamente alla parte attinente al settore penale, diveniva efficace non il 2 giugno 1999, data questa che costituiva già un differimento rispetto a quanto originariamente previsto³⁸⁹, ma il 2 gennaio 2000³⁹⁰. Ciò, anche per favorire l'approvazione di una nuova legge che ridisegnasse in parte l'impostazione del citato decreto delegato, nel quadro di un più ampio intervento di riforma del codice di procedura penale.

Il travagliato *iter* legislativo di tale ultimo provvedimento è giunto al termine solo nel dicembre del 1999, con l'approvazione definitiva della l. 479/99, dopo un

³⁸⁹ Infatti, l'art. 1 lett. *r*) della l. 254/97 stabiliva che i decreti delegati emanati in attuazione della delega dovevano avere efficacia entro il 120° giorno dalla loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. In conformità a tale direttiva disponeva l'art. 247 del d.lgs. 51/98, il quale fu però modificato dall'articolo unico della l. 16 giugno 1998 n. 188 (pubblicata in *G.U. n. 141 del 19 giugno 1998*), che differì il termine al 2 giugno 1999.

³⁹⁰ L'ulteriore differimento fu disposto dal d.l. 24 maggio 1999 n. 145, pubblicato in *G.U. n. 119 del 24 maggio 1999*.

rimpallo del testo tra le due Camere, che ripetutamente hanno modificato il testo licenziato dall'altro ramo del Parlamento, e che alla fine ha vissuto un procedimento "a tappe forzate", per permettere, finalmente, l'effettiva entrata in vigore della disciplina del giudice unico alla data stabilita.

Tuttavia, la l. 479/99 rappresentava solo un tassello di un più vasto disegno teso ad rivisitare l'intero sistema processuale, da un lato rendendo effettiva la risposta penale dello Stato attraverso la più celere definizione dei processi, e dall'altro integrando o modificando una parte della disciplina del rito penale, sì da favorire l'effettivo rispetto del diritto al contraddittorio e un ruolo attivo della difesa. Poiché, d'altra parte, la Corte costituzionale, come dimostravano i ripetuti pronunciamenti sull'art. 513 c.p.p., continuava ad esprimere una giurisprudenza che sembrava essere poco in linea con la dichiarata ispirazione accusatoria del codice del 1988, maturò l'idea che l'unico modo per *by-passare* le resistenze del Giudice delle leggi fosse un intervento diretto sulla Carta costituzionale. In questa prospettiva, dunque, è stata approvata la l. cost. n. 2 del 23 novembre 1999, in materia di costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, cui ha fatto seguito la già citata legge ordinaria di attuazione, ossia la l. n. 63 del 23 marzo 2001.

Queste dunque le tappe fondamentali di un più ampio rimaneggiamento, che tra riforme e controriforme, ben poco ormai ha lasciato sopravvivere dell'originario

disegno del legislatore del 1988³⁹¹. Non pare comunque opportuno, come più volte segnalato, soffermarsi in questa sede su aspetti che solo marginalmente possono interessare il tema *de quo* o la particolare prospettiva in cui lo si sta esaminando. E' invece necessario affrontare più da vicino principalmente lo studio della l. 479/99, che ha profondamente innovato la disciplina dell'udienza preliminare, per verificarne la ricaduta sulla fisionomia e sulla natura dell'istituto³⁹².

3.14. *L'estensione dell'applicabilità dell'udienza preliminare.*

Nel disegno originario del legislatore del 1988, l'udienza preliminare costituiva una fase giurisdizionale di controllo dei risultati delle indagini, in forza della quale il giudice dell'udienza preliminare, nel contraddittorio delle parti,

³⁹¹ Tra gli ultimi provvedimenti adottati (alcuni dei quali già segnalati nel corso della trattazione) durante la XIII legislatura, in materia di processo penale: la l. 7 dicembre 2000 n. 397, in materia di indagini difensive; il d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001 n. 4, recante "disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia"; il d.l. 7 aprile 2000 n. 82, convertito con modificazioni, nella l. 5 giugno 2000 n. 144, dal titolo "modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato"; la l. 29 marzo 2001 n. 134, in materia di gratuito patrocinio; la l. 24 novembre 1999 n. 468, ed i successivi decreti 28 agosto 2000 n. 274 e 2 aprile 2001 n. 91, in materia di competenza penale del giudice di pace; la l. 13 febbraio 2001 n. 45, in materia di collaboratori di giustizia; la l. 26 aprile 2001 n. 128 dal titolo "interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini"; la l. 6 marzo 2001 n. 60, in materia di difesa d'ufficio.

³⁹² Uno studio approfondito della riforma richiede, necessariamente, anche un'attenta valutazione dei lavori preparatori, che in questo caso sono integralmente attinti dai siti *internet* della Camera dei Deputati (www.camera.it) e del Senato della Repubblica (www.senato.it). Per cui, d'ora in avanti, per esigenze di economia espositiva, ci si limiterà ad indicare gli estremi dell'atto parlamentare in oggetto, dando per implicita la fonte da cui è stato tratto.

doveva verificare la sussistenza di elementi tali da poter supportare l'accusa in dibattimento. Tale fase di verifica non era però prevista per i reati di competenza del pretore, in quanto reati di minore allarme sociale, puniti con una pena sino a quattro anni di reclusione.

Rispetto a questi reati, l'udienza preliminare era stata ritenuta un *surplus* e, pertanto, sostituita con una modalità semplificata di introduzione della fase dibattimentale, ossia la citazione diretta a giudizio da parte del magistrato del pubblico ministero. Nella *Relazione*, infatti, si leggeva che l'esclusione del controllo sull'imputazione "è coerente con i criteri di massima semplificazione del procedimento pretorile, posto che l'udienza preliminare introduce un momento di controllo e di contraddittorio che, necessario per i reati di maggiore gravità di competenza del tribunale, per i quali le indagini preliminari potrebbero protrarsi a lungo, costituirebbe un inutile appesantimento in relazione ai reati di competenza del pretore"³⁹³.

La soppressione della pretura, con il d.lgs 51/98, comportò la trasformazione, *sic et simpliciter*, del processo pretorile in processo davanti al giudice monocratico, dovendo applicarsi, in quella sede, le disposizioni già previste per il rito pretorile che non prevedevano l'udienza preliminare. Come osservato in dottrina, "tale scelta, in vista di un miglioramento complessivo dell'organizzazione degli uffici

³⁹³ *Relazione*, cit., 121. Nello stesso senso, Corte costituzionale, 19 gennaio 1995, n. 22, in *Giur. cost.*, 1995, 245. *Contra*, G. SPANGHER, *Urgente modificare le norme del procedimento pretorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 366 s.

giudiziari, poteva giustificarsi solo nell'ambito dell'originaria opzione contenuta nel disegno di legge per l'istituzione del giudice unico, ove veniva lasciato pressoché invariato il rapporto delle attribuzioni tra giudice monocratico e collegio³⁹⁴. Invece, una volta ampliata la competenza del giudice monocratico, nei termini sopra specificati, il rito semplificato previsto per il processo davanti al pretore, munito di taluni istituti di garanzia, ed *in primis* dell'udienza preliminare, sarebbe risultato del tutto inadeguato ad offrire sufficienti garanzie all'imputato.

Per altro, atteso l'obiettivo di assicurare un più razionale impiego delle risorse umane e materiali ed una maggiore efficienza delle strutture giudiziarie, per favorire la più celere definizione del processo parve del tutto inopportuno estendere in maniera generalizzata la previsione dell'udienza preliminare³⁹⁵. Al contrario, si pensò che essa dovesse divenire la regola anche per il processo davanti al giudice monocratico, con l'eccezione però dei processi relativi ai reati meno gravi, per i quali il rinvio a giudizio sarebbe stato disposto direttamente dal magistrato del pubblico ministero. In questa prospettiva, dunque, si spiega la disciplina dell'attuale art. 550 c.p.p., così come introdotto dall'art. 44 l. 479/99, che prevede la citazione diretta a giudizio per una serie di reati, individuati secondo un duplice

³⁹⁴ G. FIDELBO, *Con l'udienza preliminare il monocratico acquista le garanzie del rito collegiale*, in *Diritto & Giustizia*, 2/2000, 68.

³⁹⁵ Nella relazione al d.d.l. n. 4625, presentato alla Camera dal Ministro di Grazia e Giustizia il 3 marzo 1998, si poteva infatti leggere: "un recupero generalizzato dell'udienza preliminare, nell'ambito di un sistema caratterizzato da un eccessivo carico di affari e da una dilatazione insostenibile dei tempi di definizione, finirebbe fatalmente per aumentare le inefficienze, con conseguente effetto moltiplicatore del rischio di prescrizione. Proprio la doverosa attenzione per l'aspetto dell'efficienza è alla base della scelta di limitare l'udienza preliminare ai casi in cui essa può davvero essere necessaria, escludendola per le fattispecie di reati minori".

criterio, quantitativo (pena fino a quattro anni di reclusione, anche congiunta a pena pecuniaria) e qualitativo (p.e. reati di cui agli artt. 336, 337, 349 comma 2 c.p.). Invece, per gli altri reati, di competenza della corte di assise, del tribunale in composizione collegiale e in composizione monocratica [per quanto concerne quest'ultimo, sempre secondo il duplice criterio quantitativo e qualitativo, i delitti puniti con la pena della reclusione fino a dieci anni, nonché, quelli previsti dall'art. 73 del d.p.r. 309/90, in materia di sostanze stupefacenti, ed ogni altro per cui non sia espressamente attribuito alla cognizione del collegio³⁹⁶ (artt. 33 *bis* comma 2 e 33 *ter* c.p.p., così come sostituiti dall'art. 10 l. 479/99)] è prevista l'udienza preliminare³⁹⁷.

³⁹⁶ E' importante tenere presente che la distribuzione degli affari tra giudice monocratico e collegio non avviene secondo il criterio della competenza. La competenza, a parte quella del tribunale per i minorenni, è ora ripartita solo tra Corte di Assise e Tribunale. Nell'ambito di quest'ultimo, organo unico, la legge non si esprime in termini di competenza, ma di attribuzioni della composizione collegiale e di quella monocratica. La differenza non è solo terminologica, ma investe anche le regole e le conseguenze in caso di inosservanza delle predette norme di attribuzione, regole e conseguenze dettate dagli artt. 33 *quinquies* ss. c.p.p. Sul punto, D. CARCANO, *La soglia dei dieci anni di pena divide le nuove attribuzioni tra monocratico e collegiale*, in *Diritto & Giustizia*, 2/2000, 48. *Amplius*, D. CARCANO – G. FIDELBO, *“Le disposizioni sul processo penale”*, in AA.VV., *Il giudice unico*, Giuffrè, Milano, 231 ss.

³⁹⁷ Per la verità, nel corso dei lavori preparatori, emersero soluzioni diversificate. Così, nella relazione alla proposta di legge n. 4440 (Giuliano), considerato che il più volte richiamato ampliamento della sfera cognitiva del giudice monocratico, avrebbe fatto sì che circa il 90 % dei processi avrebbe dovuto essere definito con il rito già pretorile, e rilevato che tale rito semplificato non prevedeva alcuna fase di verifica sulla serietà dell'accusa, si suggerì una modifica dell'art. 554 c.p.p., in forza della quale “per i reati per i quali è comminata una pena detentiva superiore nel massimo a quattro anni, il pubblico ministero è tenuto a richiedere il rinvio a giudizio al giudice dell'udienza preliminare”. Diverso, invece, il sistema delineato nel d.d.l. 4625, presentato alla Camera dal Ministro di Grazia e Giustizia (G.M. Flick). Si prevedeva, infatti, che per una fascia di reati puniti con la pena della reclusione superiore nel massimo a quattro anni, l'udienza preliminare potesse essere richiesta dall'imputato, entro trenta giorni dalla notifica del decreto di citazione a giudizio (art. 9 d.d.l.). Nella relazione al disegno di legge si leggeva che “il ricorso al meccanismo della richiesta appare in linea con la funzione stessa dell'istituto che attribuisce all'interessato la scelta di utilizzare o meno il momento di garanzia rappresentato dall'udienza preliminare; in questo modo, sono contemperate le garanzie processuali con l'esigenza di assicurare efficienza al sistema nel suo complesso”. Dello stesso tenore era la proposta di legge n. 4382 (Pisapia), ove si prevedeva un meccanismo analogo a quello appena descritto, attraverso l'aggiunta, dopo l'art. 416 c.p.p., degli artt. 416 *bis* e *ter*.

Può quindi dirsi che risulta ormai superata l'equazione rito monocratico-assenza dell'udienza preliminare, perché anche il procedimento davanti al tribunale in composizione monocarpica può prevedere l'udienza preliminare. In verità, tale conclusione non è espressa in modo esplicito nella nuova disciplina, ma essa deriva inevitabilmente dal combinato disposto degli artt. 33 *bis* e *ter* c.p.p., che ripartiscono le attribuzioni tra tribunale in composizione collegiale e monocratica, da un lato, e l'art. 550 c.p.p. dall'altro, che disciplina i casi di citazione diretta a giudizio. Se, infatti, la citazione diretta, vale a dire la citazione che salta l'udienza preliminare è imposta per i reati puniti con la reclusione non superiore nel massimo a quattro anni, e le attribuzioni del tribunale in composizione monocratica si estendono sino ai reati sanzionati con la reclusione non superiore, sempre nel massimo, a dieci anni, è evidente che in via residuale si ricava che lo svolgimento dell'udienza preliminare è imposto per i rimanenti reati attribuiti alla cognizione del tribunale in composizione monocratica. A ciò si aggiunga che il legislatore, pur nelle pieghe della legge, parla di udienza preliminare anche nel rito monocratico, come negli artt. 550 comma 3 e 556 comma 2 c.p.p., mentre, nel libro VII sono previste eccezioni riguardanti l'eventuale mancata celebrazione dell'udienza preliminare (artt. 516 comma 1 *ter*, 517 comma 1 *bis*, 521 comma 1, 521 *bis* comma 1 c.p.p., così come da ultimo previsti dall'art. 47 l. 479/99).

Limitando l'analisi alla disciplina del libro VIII, la disposizione di maggiore interesse, tra quelle citate, è quella dell'art. 550 comma 3 c.p.p. Si prevede, infatti,

che “se il pubblico ministero ha esercitato l’azione penale con citazione diretta per un reato per il quale è prevista l’udienza preliminare e la relativa eccezione è proposta entro il termine indicato nell’art. 491 comma 1, il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero”. Ora, in dottrina, rispetto alla soluzione inizialmente prospettata, che prevedeva che l’udienza preliminare, per i reati puniti con una pena superiore nel massimo a quattro anni, potesse essere richiesta dall’imputato (d.d.l. Flick), si era osservato che “sarebbe stato inevitabile, in tale prospettiva, riconsiderare detta fase, quanto meno in riferimento ai reati di attribuzione monocratica, come fenomeno di esclusiva garanzia dell’accusato e non quale momento, di più generale interesse, diretto ad evitare dibattimenti inutili”³⁹⁸. Si è visto che diversa è stata la soluzione successivamente adottata, in forza della quale, anche per i reati attribuiti al giudice monocratico per i quali è contemplata l’udienza preliminare, non deve essere l’imputato a richiederla, ma è il magistrato del pubblico ministero a dover esercitare l’azione penale mediante richiesta di rinvio a giudizio, rimanendo tuttavia onere dell’imputato eccepire l’eventuale

³⁹⁸ A. SCALFATI, *L’udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 139.

inosservanza³⁹⁹. Se n'è ricavato che l'imputato potrebbe pur sempre rimanere quiescente rispetto a tale inosservanza, il che si traduce in una "forma tacita di disponibilità della fase". Ciò ha fatto ritenere che "l'udienza preliminare continua a profilarsi esclusivamente come garanzia per l'accusato, piuttosto che rispondere ad un'effettiva esigenza deflattiva"⁴⁰⁰, limitatamente però ai reati attribuiti al giudice monocratico, perché tale disponibilità non è prevista per i reati rientranti nella sfera cognitiva del giudice collegiale. Infatti, l'art. 33 *septies* c.p.p., introdotto dall'art. 170 del d.lgs 51/98 e poi sostituito dall'art. 47 della l. 479/99, prevede che quando il dibattimento di primo grado è stato introdotto senza udienza preliminare, ed il giudice monocratico ritiene che il reato appartiene alla cognizione del collegio, dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al magistrato del pubblico ministero.

³⁹⁹ Questo sistema non ha mancato di sollevare talune perplessità in dottrina. Si è osservato, infatti, che non è previsto un intervento *ex officio* del giudice, dovendo essere in ogni caso la difesa a sollevare la relativa eccezione. A seguito dell'eccezione, il giudice disporrà la trasmissione degli atti al magistrato del pubblico ministero, affinché proceda con la richiesta di rinvio a giudizio. Al contrario, *ex art. 33 sexies* c.p.p., introdotto dall'art. 170 del d.lgs 51/98 e sostituito dall'art. 47 della l. 479/99, "se nell'udienza preliminare il giudice ritiene che per il reato deve procedersi con citazione diretta a giudizio pronuncia, nei casi previsti dall'art. 550 c.p.p., ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero per l'emissione del decreto di citazione a norma dell'art. 552". Il giudice, quindi, in questo caso, provvede *ex officio*. Ciò significa, come rilevato in dottrina, che "quando l'imputato ha avuto più garanzie del dovuto, il giudice interviene per reprimere la generosità del magistrato del pubblico ministero, mentre, nel caso opposto, gli è impedito di attivarsi per assicurare una corretta gestione dell'azione penale" (E. MARZADURI, *Rito monocratico anche senza udienza preliminare*, in *Guida dir.*, 1/2000, LXXII). Nello stesso senso, E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 248. *Contra*, C. RIVIEZZO, "Citazione diretta a giudizio", in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (III)*, *Dir. pen. proc.*, 4/2000, 418, il quale ritiene che il fatto che il giudice monocratico, una volta ritenuto il reato comunque rientrante nelle sue attribuzioni, non possa rilevare d'ufficio la mancanza dell'udienza preliminare, trova giustificazione nella natura dell'udienza preliminare, che costituisce una garanzia per l'imputato, ed in quanto tale è rinunciabile attraverso la mancata proposizione dell'eccezione.

⁴⁰⁰ A. SCALFATI, *op. cit.*, 140.

3.15 Udienza preliminare o predibattimentale?

Prima di scendere nel dettaglio della disciplina della “nuova” udienza preliminare, appare opportuna, ad integrazione di quanto detto in precedenza, una breve illustrazione dei lavori preparatori della l. 479/99.

L’inadeguatezza del sistema processuale, sia sotto il profilo dell’efficienza, sia sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali di chi si trovava ad essere sottoposto ad un procedimento penale, portò nel corso della XIII legislatura a numerose proposte di riforma, in merito a diversi aspetti e istituti, attinenti per lo

più al codice di procedura penale⁴⁰¹. I vari progetti di legge presentati, confluirono nel testo unificato predisposto dall'on. Carotti (atto C. 411 ed abbinati).

Questo testo, su cui inizialmente si svolsero i lavori parlamentari, faceva propria la principale innovazione suggerita dalla proposta di legge n. 1182, dell'on. Saraceni, vale a dire la sostituzione dell'udienza preliminare con una nuova e

⁴⁰¹ In particolare, alla Camera dei Deputati, furono presentati i seguenti progetti di legge: n. 411, presentato il 9 maggio 1996, dal titolo *“modifiche agli articoli 314 e 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per ingiusta detenzione”* (Scoca); n. 882, presentato il 15 maggio 1996, dal titolo *“interpretazione autentica dell'art. 444 comma 1 del codice di procedura penale, in materia di applicazione della pena su richiesta”* (Pasetto); n. 1113, presentato il 22 maggio 1996, dal titolo *“abrogazione del comma 2 dell'art. 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per ingiusta detenzione”* (Anedda); n. 1182, presentato il 23 maggio 1996, dal titolo *“modifiche al codice di procedura penale in materia di udienza preliminare e di procedimenti speciali”* (Saraceni); n. 1210, presentato il 24 maggio 1996, dal titolo *“introduzione degli articoli 21 bis e 118 ter del codice di procedura penale in materia di competenza per territorio del pubblico ministero”* (Bonito ed altri); n. 1507, presentato il 13 giugno 1997, dal titolo *“modifiche al codice di procedura penale in materia di giudizio abbreviato e di applicazione della pena su richiesta delle parti e introduzione dell'art. 444 bis del codice di procedura penale”* (Pisapia); n. 1869, presentato il 12 luglio 1996, dal titolo *“modifiche all'art. 8 del codice di procedura penale concernente la competenza per territorio”* (Carrara); n. 1958, presentato il 23 luglio 1996, dal titolo *“modifiche al codice di procedura penale in materia di udienza preliminare, giudizio abbreviato e applicazione della pena su richiesta”* (Anedda); n. 1991, presentato il 25 luglio 1996, dal titolo *“modifiche al codice di procedura penale in materia di competenza territoriale del pubblico ministero”* (Maiolo); n. 1995, presentato il 25 luglio 1996, dal titolo *“abrogazione del comma 2 dell'art. 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per ingiusta detenzione”* (Maiolo); n. 2314, presentato il 25 settembre 1996, dal titolo *“modifica dell'art. 315 del codice di procedura penale in materia di riparazione per l'ingiusta detenzione”* (Berselli); n. 2655, presentato il 7 novembre 1996, dal titolo *“modifiche agli articoli 417 e 555 del codice di procedura penale in materia di nullità della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto di citazione a giudizio”* (Carrara ed altri); n. 2656, presentato il 7 novembre 1996, dal titolo *“modifiche agli articoli 54 e 54 bis del codice di procedura penale in materia di contrasti negativi e positivi tra uffici del pubblico ministero”* (Carrara ed altri); n. 3464, presentato il 20 marzo 1997, dal titolo *“norme in materia di competenza del pubblico ministero”* (Pisanu ed altri); n. 3728, presentato il 21 maggio 1997, dal titolo *“interpretazione autentica dell'art. 100 comma 2 del codice di procedura penale, concernente la procura speciale”* (Saraceni); n. 4382, presentato il 3 dicembre 1997, dal titolo *“modifiche al codice di procedura penale per reati di competenza del giudice unico di primo grado”* (Pisapia); n. 4440, presentato il 13 gennaio 1998, dal titolo *“modifiche al codice di procedura penale in materia di garanzie per l'imputato nel procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica”* (Giuliano); n. 4590, presentato il 23 febbraio 1998, dal titolo *“disposizione concernente l'attività dei praticanti avvocati”* (Fino ed altri); infine, il d.d.l. n. 4625 bis, dal titolo *“disposizioni in tema di definizione del contenzioso civile pendente, di procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, di irrilevanza penale del fatto e di indennità spettanti al giudice di pace”*, risultante dallo stralcio del tit. III del d.d.l. 4625 (titolo riguardante la proroga della data di efficacia delle disposizioni in materia di istituzione del giudice unico di primo grado), disegno di legge, come anticipato, presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia Flick il 3 marzo 1998.

diversa *udienza predibattimentale*, disciplinata dal nuovo tit. IX del libro V. così come previsto dall'art. 18 del testo unificato. La denominazione di questo istituto, come ovvio, non era affatto casuale, in quanto esso, oltre a svolgere la funzione propria dell'udienza preliminare, ossia di verifica dell'accusa, avrebbe dovuto costituire anche "il momento di impostazione e di avvio del dibattimento" depurandolo di tutta una serie di attività che "mentre ne appesantiscono lo svolgimento, non necessitano di tutte le garanzie del giudizio di merito (in particolare, collegialità e pubblicità), in quanto ne costituiscono solo un momento preparatorio"⁴⁰².

In virtù di tali premesse, nonché considerati "i limiti di funzionalità del giudice per le indagini preliminari e le carenze dell'udienza preliminare nello svolgimento del ruolo di controllo sull'esercizio dell'azione penale e di filtro di accuse immeritevoli di rinvio a giudizio"⁴⁰³, si prevede, quanto all'introduzione della fase, un meccanismo di citazione diretta dell'imputato davanti al giudice dell'udienza predibattimentale, giudice, da un punto di vista ordinamentale, tratto dalla sezione dei giudici dibattimentali. Almeno cinque giorni prima dell'udienza predibattimentale, le parti dovevano depositare, a pena d'inammissibilità, le liste dei testimoni, dei periti e dei consulenti tecnici (ne derivava l'abrogazione dell'art. 468 c.p.p. ex art. 57 testo unificato.), formandosi così, nel contraddittorio, il quadro

⁴⁰² G. CASCINI – L. SARACENI, *Efficienza e garanzia: una proposta di modifica dell'udienza preliminare e del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1991, 523.

⁴⁰³ Relazione alla p.d.l. n. 1182, ove si ricordava che essa ne riproduceva una analoga presentata nel corso della XII legislatura, a firma Saraceni ed altri (C. 899).

probatorio che, per un verso, determinava la decisione del giudice dell'udienza predibattimentale e, per altro verso, doveva essere sviluppato nell'eventuale futuro dibattimento. Si stabiliva, inoltre, in un nuovo art. 428 c.p.p., che il giudice poteva disporre, anche d'ufficio, l'assunzione di prove manifestamente decisive ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere. Nella relazione alla p.d.l. n. 1182, l'on. Saraceni, infatti, affermò che “le ragioni del riconoscimento all'imputato del diritto di difendersi provando sin dall'udienza predibattimentale appaiono in linea con il maggior rigore con il quale il giudice dell'udienza predibattimentale è chiamato a valutare l'utilità del dibattimento, non solo a garanzia dell'imputato, ma anche nell'interesse dell'economia processuale”⁴⁰⁴.

L'udienza predibattimentale, in caso di passaggio alla successiva fase dibattimentale, era anche sede deputata all'ammissione delle prove richieste dalle parti, nonché alla risoluzione delle questioni preliminari. Conseguenziali erano la prevista abrogazione dell'art. 491 c.p.p. (art. 61 del testo unificato), nonché la disposizione di coordinamento che interveniva sull'art. 495 c.p.p. (art. 63 del testo unificato). Nell'udienza predibattimentale, inoltre, si doveva provvedere alla verifica della costituzione delle parti ed alla dichiarazione di contumacia, con conseguente modifica od abrogazione delle corrispondenti norme previste dal codice per la fase dibattimentale (artt. 484 ss. c.p.p.).

⁴⁰⁴ L'affermazione era correlata alla regola di giudizio espressa dal medesimo art. 428, secondo il quale, in assonanza con quanto stabilito ai fini dell'archiviazione, si prevedeva la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere “quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio”.

Il nuovo istituto dell'udienza predibattimentale, così delineato, costituiva “*un momento di effettivo e funzionale raccordo* tra la fase delle indagini ed il giudizio [idoneo] a funzionare da filtro non solo rispetto alla utilità del dibattimento, ma anche rispetto a tutte le attività che ne appesantiscono lo svolgimento e ne turbano la terzietà”⁴⁰⁵. Per altro, proprio tale ultimo riferimento alla terzietà, non poteva non suscitare forti perplessità. Pur non essendo l'affermazione del tutto priva di fondamento - soprattutto se riferita alle questioni attinenti alla formazione del fascicolo per il dibattimento, formato in prima battuta dall'ufficio del giudice per le indagini preliminari, salva poi la proponibilità della relativa questione al giudice del dibattimento *ex art. 491 c.p.p.*⁴⁰⁶ - tuttavia, non si teneva conto che secondo quanto si proponeva, altri e ben più gravi pregiudizi derivavano alla terzietà ed alla autonomia di giudizio del giudice dibattimentale, minandosi il fondamento stesso del sistema accusatorio del codice del 1988, ossia il principio della separazione delle fasi. In effetti, l'accrescimento della sfera cognitiva del giudice, l'ampliamento dei suoi poteri istruttori, il compito affidatogli di provvedere in ordine all'ammissione delle prove, compromettevano ogni autonomia funzionale della fase preliminare rispetto al dibattimento, con l'udienza predibattimentale che diveniva un vero e proprio *trait d'union* tra di essi.

⁴⁰⁵ Relazione alla p.d.l. n. 1182.

⁴⁰⁶ Giustamente si osservava che il giudice del dibattimento, “per decidere, se un certo atto può essere contenuto nel fascicolo, deve per forza prenderne cognizione; cioè, per decidere se può conoscere un atto deve previamente conoscerlo” (relazione alla p.d.l. n. 1182).

Il relatore, l'on. Carotti, il 12 maggio 1998, presentò alla Commissione Giustizia della Camera il testo da lui predisposto, al quale, nel corso dei lavori in Commissione, furono apportate talune modifiche. In particolare, rilevata la scarsa funzionalità di una “soluzione unificata”⁴⁰⁷ per l’udienza predibattimentale, ossia la previsione di un medesimo rito per ogni reato, a prescindere dalla sua gravità, dopo alterne vicende, che videro nuovamente comparire nel testo in esame l’udienza preliminare⁴⁰⁸, si prevede la citazione dell’imputato direttamente in giudizio da parte del magistrato del pubblico ministero, per i delitti puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni, anche congiunta a pena pecuniaria, mentre per gli altri reati si disciplinava l’udienza predibattimentale⁴⁰⁹. Tale scelta, sostenuta dai gruppi di maggioranza, non fu tuttavia certo esente da critiche. Si affermò, così, che l’udienza predibattimentale costituiva “in realtà e di fatto, un vero e proprio momento del dibattimento, in quanto incompatibile con [...] i principi del processo accusatorio. Si tratta di un vero e proprio momento inquisitorio del processo, che viene ad acquisire, attraverso un espediente procedurale, anticipando gli aspetti inquisitori ad un momento precedente il dibattimento, la tipica struttura del processo penale antecedente al codice del 1988 [...] Il giudice del dibattimento, che è estraneo all’udienza predibattimentale, non

⁴⁰⁷ Commissione Giustizia della Camera, 12 maggio 1998, int. del relatore, resoc. pag. 42.

⁴⁰⁸ Commissione Giustizia della Camera, 10 giugno 1998, emendamenti del relatore, allegato, resoc. pag. 11 ss.

⁴⁰⁹ Commissione Giustizia della Camera, 23 giugno 1998, emendamenti del relatore, allegato, resoc. pag. 24 ss.

può non essere condizionato dal giudice predibattimentale, che attraverso l'ordinanza di ammissione delle prove, compie una prognosi di fondatezza delle medesime, consentendo al giudice del dibattimento la precostituzione della sua convinzione in ordine all'esito del dibattimento stesso"⁴¹⁰.

Per quello che in questa sede interessa, tra le altre modifiche apportate dalla Commissione Giustizia, si può ricordare la variazione nella modalità d'introduzione della fase predibattimentale, essendo stato sostituito il decreto di citazione a giudizio inizialmente previsto con la "richiesta di giudizio". Inoltre, s'interveniva sulla regola di giudizio ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo procedere, stabilendosi che il giudice doveva provvedere in tal senso "anche quando la prova risulta insufficiente o contraddittoria e ritiene che l'istruzione dibattimentale non possa fornire elementi utili per modificare o integrare il quadro probatorio". Infine, se risultava confermata l'abrogazione degli artt. 468, 485 e 486 c.p.p., invece, l'art. 491 c.p.p. non era più soppresso, ma solo sostituito con una disposizione recante la rubrica "riproposizione delle questioni preliminari"⁴¹¹.

Rimasto inalterato, per il resto, nella sua struttura portante, rispetto alla sua configurazione iniziale, il testo, approvato dalla Commissione Giustizia il 23 settembre 1998, fu rimesso all'esame dell'Aula. Nella sua relazione all'Assemblea, l'on. Carotti illustrò, tra l'altro, le ragioni che avevano indotto all'introduzione

⁴¹⁰ Commissione Giustizia della Camera, 30 giugno 1998, resoc. pag. 57, int. dell'on. Pecorella. Nello stesso senso, gli intt. degli on. Anedda, Gazzilli, Marotta, Giuliano, resoc. pag. 58 ss.

⁴¹¹ Si veda su questo argomento anche *retro*, 1.4, 77 ss.

dell'udienza predibattimentale, giustamente affermando che rispetto all'udienza preliminare, non si trattava solo di un cambiamento di nome, ma al contrario, si delineava un nuovo “obiettivo strategico”, attraverso un'udienza che si voleva “più a ridosso del dibattimento anziché della fase investigativa”. L'udienza predibattimentale, in sostanza, era una fase “precognitiva, all'interno della quale c'è una valutazione dell'ammissibilità delle prove, il che [...], non farà altro che accelerare e semplificare la successiva fase processuale”⁴¹².

Tuttavia, le obiezioni alla riforma come fino a quel punto progettata, già sollevate nel corso dei lavori in Commissione, furono ribadite e specificate in Aula. Si affermò, infatti, che “l'introduzione dell'udienza predibattimentale comporta l'abbattimento del pilastro su cui si regge il processo accusatorio, e cioè la netta cesura tra la fase delle indagini e quella del dibattimento [...]”, identificandosi in essa “la chiave di volta del processo inquisitorio”; affermazione questa, supportata, come anticipato, dal grave pregiudizio alla terzietà del giudice dibattimentale, derivante dalla valutazione del giudice dell'udienza predibattimentale in ordine all'ammissione delle prove. Una valutazione, per altro, che sarebbe stata inevitabilmente viziata nel merito, perché effettuata non in funzione del fatto da

⁴¹² Camera dei Deputati, sed. n. 412 del 25 settembre 1998, resoc. pag. 5 s. Nel prosieguo della relazione si legge: “quando si afferma dal punto di vista teorico – naturalmente con fondamento – che, in realtà, è piuttosto forzato sottrarre al giudice del dibattimento, che poi è colui il quale dovrà decidere sul fondamento dell'imputazione, la valutazione dell'ammissione delle prove, si afferma un principio che, però, dovrebbe essere coordinato con quanto non solo avviene nella prassi, ma è codificato, ossia il fatto che oggi il giudice del dibattimento ammette le prove senza conoscere gli atti del procedimento. Fa quindi una scommessa in bianco, semplicemente sulla scorta delle prospettazioni accusatorie e difensive”.

accertare, valutato in sè stesso, ma, grazie alla completa conoscenza del fascicolo del magistrato del pubblico ministero, nella prospettiva delle indagini già compiute⁴¹³.

Le resistenze alla trasformazione dell'udienza preliminare in udienza predibattimentale, ulteriormente sviluppate nel corso dei lavori in aula, finirono con il prevalere. La soluzione successivamente adottata fu dunque quella di realizzare un'ampia riforma della disciplina dell'istituto, attraverso un potenziamento complessivo delle garanzie di giurisdizionalità, abbandonando tuttavia la prospettiva dell'udienza predibattimentale. In dottrina, per altro, si rilevava che il progetto di legge, “nonostante gli apprezzabili sforzi diretti a ricondurre la fase preliminare nel suo alveo naturale, rappresenta un insieme di previsioni che per un verso, difettano di coordinamento, sia interno che esterno all'istituto, e per altro verso, generano l'impressione che formino il residuo, ormai inutile, della complessa idea predibattimentale dell'udienza”⁴¹⁴.

Rimaneva comunque il fatto che il mutamento di prospettiva realizzatosi in corso d'opera, aveva permesso non certo un azzeramento ma quanto meno un depotenziamento dell'efficacia devastante della riforma sul piano della coerenza del sistema con l'originaria opzione accusatoria. Si era scelta, infatti, una soluzione di compromesso, che sembrava soddisfare, almeno in parte, le diverse esigenze

⁴¹³ Camera dei Deputati, sed. n. 412 cit., int. dell'on. Pecorella, resoc. pag. 11.

⁴¹⁴ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 138. *Amplius, infra*, 3.16, 364 ss.

prospettate. In questa direzione, dunque, si mosse il testo approvato dalla Camera dei Deputati il 10 febbraio 1999, sulla cui base proseguirono i lavori parlamentari, con il successivo passaggio al Senato (atto 3807), prima in Commissione Giustizia (approvazione il 29 luglio 1999), poi in Assemblea (approvazione il 6 ottobre 1999).

Una volta chiarita l'impostazione di fondo, appare superfluo, in questa sede, scendere ulteriormente nel dettaglio del laborioso *iter* parlamentare. Sarà cura di chi scrive, eventualmente, nel prosieguo della trattazione, fare riferimento di volta in volta a singole problematiche emerse durante i lavori preparatori, nell'esame dei singoli istituti che interessano. Per ora, vale solo ricordare che le modifiche apportate, imposero un nuovo passaggio alla Camera, di nuovo in Commissione (approvazione il 28 ottobre 1999), e poi ancora in Assemblea (approvazione il 16 novembre 1999). Ancora una volta, però, il testo fu modificato, per cui, per raggiungere un accordo sull'intero progetto, fu necessario un nuovo esame del Senato. Il testo, quindi dopo un ulteriore esame della Commissione Giustizia, fu definitivamente approvato dall'Aula il 15 dicembre 1999.

3.16 *La nuova udienza preliminare: a) la discovery anticipata del nuovo art. 415 bis c.p.p.*

L'art. 17 comma 2 della l. 479/99 ha inserito nel codice di procedura penale l'articolo 415 *bis*, il quale, secondo la sua rubrica, disciplina l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari, ma ha in realtà una portata assai più ampia di quel che a prima vista potrebbe sembrare.

Il comma 1 della disposizione in esame prevede che “prima della scadenza del termine previsto dal comma 2 dell'art. 405, anche se prorogato, il pubblico ministero, se non deve formulare la richiesta di archiviazione ai sensi degli articoli 408 e 411, fa notificare alla persona sottoposta alle indagini ed al difensore avviso della conclusione delle indagini preliminari”. Un primo dato che emerge dalla norma in esame è che il magistrato del pubblico ministero deve procedere alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini solo nel caso in cui sia orientato nel senso dell'esercizio dell'azione penale e non anche quando i risultati delle indagini lo facciano propendere per una richiesta di archiviazione. In questo secondo caso, dunque, una volta che la richiesta di archiviazione sia stata effettivamente presentata ed accolta dal giudice per le indagini preliminari, rimane ferma la possibilità, a suo tempo segnalata, che l'indagato rimanga del tutto ignaro del procedimento svoltosi nei suoi confronti⁴¹⁵. E' ben vero, infatti, che in forza dell'art. 15 della l. 479/99, è stato integrato l'art. 409 comma 1 c.p.p., prevedendosi

⁴¹⁵ Si è parlato al riguardo di un aspetto “quasi paradossale”. Non si comprende, infatti, come sia possibile che “un soggetto possa essere sottoposto ad indagini – anche lunghe e laboriose, relative alla sfera della sua riservatezza personale, alla sua vita, alla sua famiglia, al suo lavoro, al suo patrimonio – e non saperne niente (A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 481).

che “il provvedimento che dispone l’archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare”. Ciò, tuttavia, nulla cambia ai fini della conoscenza dell’esistenza del procedimento, che è *in re ipsa* in caso di applicazione di una misura cautelare.

In forza dei commi 2 e 3 dell’art. 415 *bis* c.p.p., l’avviso deve contenere:

1. la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, nonché l’indicazione della data e del luogo del fatto stesso;
2. l’indicazione delle norme di legge che si assumono violate;
3. l’avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria del magistrato del pubblico ministero e che l’imputato ed il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia
4. l’avvertimento che l’indagato, entro il termine di venti giorni, ha facoltà di:
 - a) presentare memorie, produrre documenti, presentare documentazione relativa alle investigazioni del difensore;
 - b) chiedere al magistrato del pubblico ministero il compimento di atti d’indagine;
 - c) presentarsi per rilasciare dichiarazioni spontanee ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio.

Se l'indagato chiede di essere sottoposto ad interrogatorio, il magistrato del pubblico ministero ha l'obbligo di procedervi, per espressa previsione dell'art. 415 *bis* comma 3 c.p.p. (ult. p.te), mentre egli non è in alcun modo vincolato dalla richiesta di ulteriori indagini, posto che la norma non prevede un obbligo in tal senso. L'uso, nel comma 4, dell'avverbio "quando", fa desumere che la scelta sia rimessa al magistrato del pubblico ministero. Non si dà dunque per certa l'effettuazione delle indagini, ma si riconosce al magistrato del pubblico ministero la scelta sull'*an* delle indagini stesse. Ovviamente, la decisione non può essere meramente arbitraria, ma deve essere il frutto di una valutazione oggettiva della rilevanza delle indagini richieste⁴¹⁶. Nel caso però in cui il magistrato del pubblico ministero ritenga di aderire alla richiesta, dovrà provvedere entro il termine di trenta giorni dalla sua presentazione. E' tuttavia previsto che il giudice per le indagini preliminari possa prorogare il termine, su richiesta del magistrato del pubblico ministero, per una sola volta e non oltre i sessanta giorni (comma 4). Infine, il comma 5 prevede che "le dichiarazioni rilasciate dall'indagato, l'interrogatorio del medesimo ed i nuovi atti d'indagine del pubblico ministero, previsti dai commi 3 e 4, sono utilizzabili se compiuti entro il termine di cui al

⁴¹⁶ Proprio perché l'effettuazione o meno delle indagini richieste dipende dalla loro rilevanza, in dottrina si è detto che il magistrato del pubblico ministero non ha al riguardo alcun potere discrezionale. Infatti, egli "può rifiutarsi di compiere solo gli atti che non siano necessari al fine di accertare fatti e circostanze a favore dell'indagato in relazione all'episodio descritto nell'avviso di conclusione delle indagini" (E. AMODIO, "Lineamenti della riforma", in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive; la procedura penale riformata*, Giuffrè, Milano, 2000, 28).

comma 4, ancorché sia decorso il termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice per l'esercizio dell'azione penale o per la richiesta di archiviazione”.

La disposizione in esame è frutto dell'emendamento 21.01, presentato dal sen. Russo il 23 giugno 1999, nel corso dell'esame in prima lettura ad opera della Commissione Giustizia del Senato, emendamento cui fu poi apposta successivamente la firma da altri tre senatori (Calvi ed altri) e che, prima della versione definitiva, corrispondente all'attuale formulazione della norma, approvata dalla Commissione il 20 luglio 1999, subì ripetute modifiche, volte in particolare a disciplinare la scansione temporale entro la quale il magistrato del pubblico ministero può, a seguito delle richieste dell'indagato, disporre nuove indagini. Nell'illustrare il suo emendamento, il sen. Russo affermò che ne sarebbe derivata la possibilità per il magistrato del pubblico ministero “di prendere conoscenza della posizione dell'indagato prima di assumere la determinazione di presentare la richiesta di rinvio a giudizio, mentre le indagini svolte su richiesta dello stesso indagato potrebbero portare ad un'utile integrazione del materiale raccolto durante le indagini preliminari e favorire, nel prosieguo, la definizione del procedimento mediante il ricorso ai riti alternativi”⁴¹⁷. Tuttavia, il Sottosegretario alla Giustizia (on. Ayala), a nome del Governo, espresse parere contrario all'emendamento, ritenendo che le esigenze ad esso sottese fossero già adeguatamente soddisfatte dall'art. 416 comma 1 c.p.p., come modificato dalla l. 234/97, in forza del quale già

⁴¹⁷ Commissione Giustizia del Senato, sed. n. 442 del 23 giugno 1999.

si prevedeva la nullità della richiesta di rinvio a giudizio se non preceduta dall'invito a presentarsi per rendere interrogatorio. Si osservava, inoltre, che “la previsione in questa fase del procedimento di un obbligo di depositare la documentazione relativa alle indagini espletate determina una forma di *discovery* anticipata che suscita qualche perplessità”⁴¹⁸. Ciò nonostante, la norma fu approvata, ma essa non ha mancato di sollevare anche in dottrina, sotto molteplici aspetti, rilievi critici di una certa consistenza. Prima di riassumerli brevemente, appare però opportuna qualche riflessione su quelli che costituiscono gli immediati precedenti logici e cronologici della disposizione in esame.

Nel disegno originario del codice del 1988, non era garantito sempre e comunque il diritto della persona sottoposta ad indagini di venire a conoscenza dell'esistenza e dei termini del procedimento che si svolgeva nei suoi confronti.

Infatti, se nel corso del procedimento per le indagini preliminari non trovavano applicazione le misure cautelari, né dovevano essere compiuti atti ai quali il difensore aveva diritto di partecipare, la difesa era coinvolta solo al momento dell'eventuale richiesta di proroga del termine delle indagini, o, in mancanza, con la notifica dell'avviso della fissazione dell'udienza preliminare, rimanendo, *medio*

⁴¹⁸ Commissione Giustizia del Senato, sedd. 442 cit. e 457 del 20 luglio 1999. Rilievi critici furono espressi anche da alcuni componenti della Commissione. Così, si osservò che si “trasforma un diritto già acquisito – quello all'interrogatorio ai sensi dell'art. 416 comma 1 c.p.p. [...] - in una procedura in cui l'unico interlocutore è il pubblico ministero [...]; nel processo accusatorio l'interlocutore dell'indagato non può che essere il giudice, mentre il pubblico ministero deve svolgere fino in fondo il suo ruolo di parte” (Commissione Giustizia del Senato, sedd. n. 444 del 30 giugno 1999 e 455 del 15 luglio 1999)

tempore, completamente al buio⁴¹⁹. Il sistema così delineato poteva trovare una sua pur discutibile giustificazione nella rilevanza endoprocedimentale degli atti delle indagini preliminari; tuttavia, una volta potenziata, nel corso del tempo, la loro efficacia probatoria, anche ai fini del giudizio, apparvero evidenti le distorsioni di un sistema, che per un verso esaltava la posizione del magistrato del pubblico ministero, quale *dominus* delle indagini, relegando l'intervento della difesa in una posizione del tutto marginale, e, per altro verso consentiva che gli atti compiuti dagli organi investigativi, in assoluta solitudine, potessero sia orientare in maniera pressoché irreversibile la decisione del giudice dell'udienza preliminare, sia determinare una palese menomazione del diritto di difesa in ordine all'acquisizione di elementi di prova da poter esibire in dibattimento. A ciò si aggiunga che l'esercizio dell'azione penale senza un'adeguata partecipazione dell'indagato, chiaramente sacrificava anche la completezza delle indagini, per il mancato approfondimento di assetti suscettibili di condurre ad una diversa determinazione del magistrato del pubblico ministero, sia sull'*an* sia sul *quomodo* della formulazione dell'imputazione, con evidenti implicazioni sul piano della funzionalità del sistema e correlativa compromissione dell'interesse generale all'efficienza dell'amministrazione della giustizia.

⁴¹⁹ M. NOBILI, "La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero", in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, cit., 78.

Una prima innovazione destinata, nelle intenzioni del legislatore, ad incidere su questo stato di cose, fu operata con la l. 332/95, il cui art. 28 integrò l'art. 38 disp. att. c.p.p. (facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova). Al di là di ogni considerazione sull'adeguatezza della nuova disciplina, che risultava insoddisfacente soprattutto sotto il profilo delle modalità di documentazione delle investigazioni difensive⁴²⁰, si prevedeva la possibilità di presentare direttamente al giudice per le indagini preliminari gli atti relativi alle indagini svolte (comma 2 *bis*). Si trattava, quindi, di un primo intervento legislativo che poneva mano al problema delle indagini difensive, con il superamento del principio della c.d. canalizzazione sul magistrato del pubblico ministero di tutti gli elementi acquisiti dal difensore⁴²¹, che riduceva l'art. 38 disp. att. c.p.p. a semplice presupposto di un potere d'istanza nei confronti del magistrato del pubblico ministero⁴²².

Nella medesima direzione, volta a rafforzare la posizione della difesa nel procedimento per le indagini preliminari, si mosse la l. 234/97, che impose al magistrato del pubblico ministero di procedere alla contestazione del fatto prima

⁴²⁰ In materia, F. PERONI, *Le indagini difensive: tra problematiche attuali ed istanze di riforma*, in *Cass. pen.*, 1998, IV, 2224 ss.

⁴²¹ In giurisprudenza si era affermato che “le indagini difensive possono essere finalizzate alla sollecitazione dell'attività investigativa del pubblico ministero, [...] mentre è esclusa una loro utilizzabilità per le decisioni del giudice. [...] Il sistema processuale attribuisce esclusivamente alla polizia giudiziaria il compito di procedere all'assicurazione delle fonti di prova e attraverso l'art. 358 c.p.p., attribuisce esclusivamente al pubblico ministero il compito di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale e di svolgere accertamenti su fatti e circostanze favorevoli all'indagato (Cassazione penale, sez. I, 31 gennaio 1994, in *Giust. pen.*, 1994, III, 586; id., Cassazione penale, sez. I, 16 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 115).

⁴²² Va ricordato che l'art. 38 disp. att. c.p.p. è stato abrogato dall'art. 23 della l. 397/2000, in materia di indagini difensive.

della presentazione della richiesta di rinvio a giudizio, obbligo sanzionato, come detto, con la nullità della richiesta di rinvio a giudizio non preceduta dall'invito a presentarsi per rendere interrogatorio. Per la verità, la Cassazione, con sent. n. 1455 del 26 aprile 1995, ritenne “manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 405 e 416 c.p.p., nella parte in cui non prevedono, rispettivamente per l'esercizio dell'azione penale e per il rinvio a giudizio, l'obbligo del previo interrogatorio dell'indagato. Infatti, non sussiste violazione del diritto di difesa in quanto questo è costituzionalmente garantito in ogni stato e grado del giudizio, per cui il diritto stesso non è menomato dall'omessa previsione nel nuovo codice di rito di un obbligo a carico del pubblico ministero di sentire, prima della richiesta di rinvio a giudizio, la persona iscritta nel registro delle notizie di reato, o anche di procedere nei confronti della stessa a formale contestazione, durante il corso delle indagini preliminari: poiché il pubblico ministero esercita l'azione penale con la richiesta di rinvio a giudizio, [...] l'imputato [...] ha tutta la possibilità di difendersi nel dibattimento, e a partire da tale momento, in tutte le fasi successive – cioè appunto in ogni stato e grado del giudizio – essendo questa la sede specifica nella quale vanno acquisite le prove”⁴²³. Tuttavia, anche se come affermato dalla Cassazione, la previa contestazione dell'addebito, prima dell'esercizio dell'azione penale, poteva essere considerata soluzione non imposta dal punto di vista costituzionale, è evidente che la nuova

⁴²³ *Cass. pen.*, 1997, 510.

formulazione dell'art. 416 comma 1 c.p.p. realizzava almeno un effetto positivo, ossia quello di consentire, sia pure in *extremis*, la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale, ove ciò non fosse ancora accaduto.

Al di là di questo pur apprezzabile profilo, la ricaduta della nuova norma sul piano della tutela del diritto di difesa appariva assai marginale. Scopo della disposizione era quello di rendere possibile un contatto tra magistrato del pubblico ministero ed indagato, sì da favorire una più appropriata valutazione della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione penale, eventualmente attraverso un supplemento d'indagine in ordine ad elementi fino a quel punto non ancora considerati, con evidenti riflessi sul piano della completezza delle indagini, presupposto essenziale per una corretta gestione dell'azione penale. Sennonché, la collocazione dell'adempimento nella fase terminale del procedimento per le indagini preliminari, faceva sì che le eventuali dichiarazioni rese dall'indagato in sede d'interrogatorio non erano ormai in grado di orientare in una diversa direzione o comunque di influire sull'indirizzo del magistrato del magistrato del pubblico ministero, lungamente impegnatosi in un lavoro investigativo, i cui risultati egli riteneva già sufficienti per l'esercizio dell'azione penale⁴²⁴.

⁴²⁴ A.A. DALIA, "La contestazione dell'imputazione provvisoria", in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, coordinati da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla legge 16 luglio 1997 n. 234*, Giuffrè, Milano, 1997, 191.

Pertanto, l'invito a rendere interrogatorio veniva concepito come un adempimento di carattere puramente burocratico⁴²⁵, senza alcun riverbero sul successivo corso del procedimento, ferma restando la parziale *discovery* imposta dall'art. 375 comma 3 c.p.p., richiamato dall'art. 416 comma 1 c.p.p., in forza del quale “quando la persona è chiamata a rendere interrogatorio, l'invito contiene [...] la sommaria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute. L'invito può inoltre contenere [...] l'indicazione degli elementi e delle fonti prova [...]”.

In questo contesto normativo si è inserito il nuovo articolo 415 *bis* c.p.p. In verità, la proposta iniziale prevedeva la riformulazione dell'art. 416 comma 1 c.p.p., stabilendosi che in esso il riferimento alla nullità per il caso in cui la richiesta di rinvio a giudizio non fosse stata preceduta dall'invito a presentarsi per rendere interrogatorio, fosse sostituito con la comminatoria di nullità per il solo caso dell'omissione dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p. Ciò avrebbe permesso di prevenire una parte delle obiezioni che sono state formulate⁴²⁶, che hanno messo in evidenza la sovrapposizione tra due adempimenti (l'avviso della conclusione delle indagini e l'invito a presentarsi per rendere interrogatorio) che sembrano

⁴²⁵ F. NUZZO, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass. pen.*, 2001, 678, il quale rileva che “la disposizione non rappresentò il frutto di una scelta legislativa ad ampio raggio, ma piuttosto il riflesso processuale di valutazioni sottostanti alla riforma del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) considerato in via primaria dalla legge sopra citata, per cui conteneva il germe del probabile fallimento, confermato in via primaria dalla pratica del foro”.

⁴²⁶ E. GALLUCCI, *Indennizzi fino ad un miliardo per l'ingiusta detenzione*, in *Diritto & Giustizia*, 2/2000, 59; E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 62.

soddisfare analoghe esigenze, e la cui inosservanza comporta, in entrambe i casi, la nullità della richiesta di rinvio a giudizio (art. 416 comma 1 c.p.p., così come riformulato dall'art. 17 comma 3 l. 479/99). Con riferimento all'invito a presentarsi per rendere interrogatorio, si precisa, tuttavia, che la sua omissione determina la nullità solo se la persona sottoposta alle indagini ha fatto richiesta di esservi sottoposta entro il termine di cui all'art. 415 *bis* comma 3 c.p.p., disposizione chiaramente dettata dalla volontà di agevolare l'attività degli organi inquirenti, sollevandoli da un onere procedimentale.

In verità, con riferimento alla norma in commento, non sembra del tutto corretto parlare di sovrapposizione o di inutile “doppione”⁴²⁷ rispetto al già previsto invito per rendere interrogatorio. Il rapporto tra i due istituti, più che in termini di sovrapposizione, sembra porsi in termini di complementarità, com'è emerso chiaramente dai lavori preparatori. Si affermò, infatti, che per effetto della nuova disciplina, “anche la previsione dell'interrogatorio prima del rinvio a giudizio, ai sensi dell'art. 416 comma 1, risulta ulteriormente valorizzata dalla possibilità offerta all'indagato di presentarsi avendo conoscenza della documentazione predisposta e della correlativa possibilità di difendersi mediante una seria integrazione probatoria”⁴²⁸. Pur apprezzabile sotto questo profilo, la disciplina predisposta dal legislatore si presta ad altri non trascurabili rilievi.

⁴²⁷ E. APRILE, *loc. cit.*

⁴²⁸ Commissione Giustizia del Senato, sed. n. 444 cit., int. del sen. Russo.

Si è fatta notare, infatti, la farraginosità di un meccanismo che, oltre a determinare un consistente appesantimento del procedimento, realizza un disegno “non del tutto coerente con il sistema del codice di rito, secondo il quale, una volta concluse le indagini preliminari, ogni controllo è rimesso al giudice”⁴²⁹. In effetti, nello stabilire che l’indagato (*rectius*: il difensore) può chiedere al magistrato del pubblico ministero il compimento di ulteriori atti d’indagine e presentare allo stesso i risultati dell’inchiesta della difesa, il legislatore ha in sostanza recepito il principio di canalizzazione verso il pubblico ministero dei risultati delle indagini difensive secondo una logica “estranea alle più elementari regole del processo di parti”⁴³⁰. Si tratta, per la verità, di rilievi che risultano almeno parzialmente superati, posto che, secondo quanto si è rilevato, la l. 397/2000 ha ormai sancito il tramonto della teoria della canalizzazione, ciò che ha fatto di già auspicare l’abrogazione dell’art. 415 *bis* c.p.p., che invece lo ha consacrato⁴³¹

D’altra parte, la disciplina dettata dall’art. 415 *bis* c.p.p. mostra una sua coerenza con il disegno complessivo della riforma operata con la l. 479/99.

Si è infatti osservato che l’udienza preliminare è diventato “lo snodo fondamentale del processo, per gli immensi poteri istruttori attribuiti al giudice

⁴²⁹ E. GALLUCCI, *loc. cit.*

⁴³⁰ F. CAPRIOLI, “Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimenti contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., 271. Anche, G. SPANGHER, “La chiusura delle indagini”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, *Dir. pen. proc.*, 2/2000, 186.

⁴³¹ G. NOTARO, *Il nuovo regime delle indagini difensive: riflessioni e prima lettura*, in http://www.penale.it/commenti/notaro_02.htm. *Amplius, infra*, nota. 433.

dell'udienza preliminare [...]. [Ed allora], il significato della *discovery* anticipata introdotta con l'art. 415 *bis* c.p.p. è da individuare proprio in relazione a tale nuova funzione dell'udienza preliminare, alla quale si giunge non già con una *prova* cristallizzata nei limiti delle scelte del pubblico ministero – sulla base delle quali la difesa doveva modellare il suo comportamento in funzione del dibattimento, luogo

deputato alla formazione della prova – ma con una *prova* possibilmente completa⁴³².

⁴³² G. PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al gup il codice retrocede allo schema inquisitorio*, *Diritto & Giustizia*, 2/2000, 60. Nella stessa sede si è anche affermato che “il problema del valore delle indagini svolte dal difensore e delle modalità di documentazione risulta in gran parte superato, perché il legislatore sembra aver dato preferenza ad un’attività esclusiva del pubblico ministero, nei confronti della quale l’indagine difensiva svolge funzione di stimolo”. Per la verità, si può ritenere che la questione ormai si ponga in termini parzialmente diversi. Certamente risulta ormai superato l’orientamento secondo cui “non pare sostenibile che il sistema sortito dalla novella del 1995 ammetta un percorso alternativo di penetrazione nel fascicolo delle indagini, mediante un’irrituale presentazione al pubblico ministero” (F. PERONI, *op. cit.*, 2231). D’altra parte, la recente l. 397/2000, in materia di indagini difensive, ha introdotto nel codice l’art. 391 *octies*, il quale, in sede di disciplina del fascicolo del difensore, da conservare presso l’ufficio del giudice per le indagini preliminari, espressamente prevede che “il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito”. Il difensore allora ha due referenti: egli può presentare i risultati delle sue indagini al magistrato del pubblico ministero, *ex artt.* 415 *bis* comma 3 e 391 *octies* comma 4 c.p.p.; oppure, può presentarli direttamente al giudice, *ex art.* 391 *octies* commi 1-3 c.p.p. Ora, nel corso dei lavori preparatori della l. 479/99, si osservò che “nella strategia difensiva potrà anche esserci il difensore che preferisce far valere le sue carte davanti al giudice e non nella fase che precede l’esercizio dell’azione penale, e lo scegliere l’una o l’altra strada sarà rimesso alla libera determinazione del difensore stesso” (Senato della Repubblica, sed. n. 684 del 6 ottobre 1999, int. del sen. Russo). La tesi fu però contestata da chi ritenne che si era delineato “un curioso obbligo di *discovery* a parti invertite” e che “per rendere spendibili le proprie investigazioni in sede di udienza preliminare, il difensore ha l’onere di presentare la relativa documentazione al pubblico ministero a norma dell’art. 415 *bis* c.p.p.” (F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 271). Una considerazione fondata esclusivamente sul tenore letterale dell’art. 419 comma 2 c.p.p., che fa riferimento alla notifica, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, dell’avvertimento della facoltà di presentare *documenti*, locuzione nella quale si riteneva non inclusa la *documentazione* delle indagini difensive (*contra*, F. PERONI, *op. cit.*, 2233); per cui, se gli atti delle indagini difensive non fossero stati depositati *ex art.* 415 *bis* c.p.p. sarebbero stati inservibili. A conferma, si richiamava lo stesso art. 415 *bis* c.p.p. che utilizza con significati diversi le due locuzioni citate. Senonché, se per un verso dai lavori preparatori della l. 479/99, come visto, si evince che il deposito degli atti delle indagini difensive *ex art.* 415 *bis* c.p.p. è considerato una facoltà e non un obbligo od un onere, per altro verso, la l. 397/2000 sembra chiaramente voler introdurre una sorta di doppio binario in ordine alle modalità d’introduzione nel procedimento della documentazione delle indagini difensive. Sembrerebbe allora possibile ciò di cui prima s’era dubitato, e cioè la presentazione degli atti delle indagini difensive direttamente al giudice dell’udienza preliminare. In effetti, in dottrina si è affermato che “assunti gli elementi utili per la difesa, l’avvocato deciderà il momento processuale in cui dovesse convenire portarli a conoscenza dell’autorità giudiziaria: il riferimento è, nella maggior parte dei casi, al giudice; non è tuttavia da escludere la loro consegna al pubblico ministero [...] al fine di dissuaderlo da una visione colpevolista della vicenda, soprattutto ove [gli] si riconosca un’autentica disponibilità a recedere dalle sue convinzioni”. Ed ancora, si è aggiunto che il difensore “fornirà al pubblico ministero – il che, di fatto, avviene anche depositandola presso il giudice per le indagini preliminari – la documentazione delle indagini svolte, solamente in casi estremi (ad esempio, se teme una misura cautelare personale). Negli altri casi, è preferibile provvedere al deposito della documentazione nel momento processuale in cui lo si ritenga opportuno, senza affrettarsi ad operare un deposito immediato, previsto – senza sanzione – solo per l’attività integrativa” (R. BRICCHETTI – E. RANDAZZO, *Manuale dell’avvocato – investigatore: la difesa muove e vince in 39 mosse. Il dilemma del momento processuale in cui esibire le prove*, in *Diritto & Giustizia*, 47/2000, 21 ss.). Nello stesso senso, G. PIZIALI, “Utilizzo dei risultati delle indagini”, in AA.VV., *Maggiori poteri degli avvocati nella legge in materia di*

L'intento, quindi, è quello di mettere in grado il giudice dell'udienza preliminare di decidere sulla domanda di giudizio disponendo di tutti gli elementi necessari, grazie ad un'indagine che ha verificato il fatto per cui si procede sotto ogni aspetto, sì da poter disporre lo svolgimento del giudizio pubblico solo per quelle notizie di reato per le quali esso non costituisca un inutile dispendio di tempo e risorse⁴³³.

Le critiche verso l'istituto previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p., dunque, si inseriscono nel più ampio quadro della valutazione della “nuova” udienza preliminare, che diventa sede di una sorta di anticipazione del giudizio, con una sostanziale eversione rispetto a quella che era la funzione dell'udienza preliminare nel sistema originario del codice. Ciò in coerenza con un indirizzo legislativo che nella ricerca di una soluzione dell'apparente dicotomia garanzia-efficienza, ha voluto depotenziare il ruolo centrale della fase dibattimentale, nella speranza di far confluire al giudizio pubblico un numero sempre minore di procedimenti, ed ha al contempo cercato di rafforzare, nella fase anteriore, sia i poteri istruttori sia, in apparenza, le garanzie partecipative e difensive, sì che la fase preliminare, sempre più giurisdizionalizzata, ha finito col perdere la sua precipua caratteristica di fase meramente preparatoria.

Sembrano allora riemergere schemi processuali antichi, con un improvvido ritorno ad una sorta di inquisitorio garantito, il cui scheletro il legislatore parrebbe

⁴³³ S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, in *Riv. pen.*, 2000, 977.

voler far rivivere⁴³⁴. Non a torto, del resto, si è fatto notare che la disciplina dell'art. 415 *bis* c.p.p., ricorda assai da vicino quella dell'art. 372 c.p.p. abr.⁴³⁵, anche se nella norma attualmente vigente, l'avviso della conclusione delle indagini ed il deposito degli atti, a differenza di quanto accadeva con il codice Rocco, è prescritto solo se il magistrato del pubblico ministero ritenga di non dover richiedere l'archiviazione, ma sia orientato, invece, ad esercitare l'azione penale⁴³⁶. In una più prospettiva più generale, si è poi rilevato che "l'ampliamento del corredo garantistico non può non aggravare la già profonda crisi d'identità sistematica di cui soffre la fase preparatoria al dibattimento, i cui contenuti sostanzialmente giurisdizionali contrastano ormai in maniera irrimediabile con una veste formale che rimane pre-imputativa e pre-processuale"⁴³⁷.

In effetti, l'inseguimento del mito della completezza delle indagini ha portato il legislatore, pur mosso da apprezzabili intenti deflattivi, a trasformare la fase delle indagini in una sorta di vero e proprio processo, in cui l'indagato è ormai un *quasi* – *imputato*, chiamato a discolarsi rispetto alle contestazioni dell'accusa⁴³⁸. Per cui, la *ratio* o, se si preferisce, la sequenza logica che può essere utilizzata per

⁴³⁴ L. CARLI, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari nella prospettiva del giusto processo*, in *Giust. pen.*, 2000, III, 675.

⁴³⁵ G. PANSINI, *op. cit.*, 60.

⁴³⁶ A.A. DALIA, "L'apparente ampliamento degli spazi difensivi nelle indagini e l'effettiva anticipazione della soglia del giudizio", in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, cit., 7 s.

⁴³⁷ F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 272 s.

⁴³⁸ A.A. DALIA, *op. cit.*, 9.

spiegare la nuova disciplina, è esattamente opposta a quella che *prima facie* sembra emergere. Diversamente da quel che si potrebbe pensare, infatti, non si realizza un rafforzamento delle garanzie difensive nella fase delle indagini preliminari, in via strumentale rispetto ad un più adeguato esercizio del diritto al contraddittorio nella fase successiva. Al contrario, l'ampliamento degli spazi di partecipazione è simmetrico ad una scelta legislativa volta a favorire la definizione del procedimento attraverso riti alternativi, in cui il *thema decidendum* sarà costituito proprio dai risultati del procedimento per le indagini preliminari, la cui conoscenza, grazie all'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., costituirà, eventualmente, un utile stimolo ai fini della scelta della c.d. alternativa inquisitoria. Tuttavia, la finalità deflattiva che tale sistema persegue, viene in buona parte vanificata dal modo stesso in cui si articola la partecipazione difensiva. Giustamente, infatti, si è osservato che scelta complementare alla *discovery* anticipata avrebbe dovuto essere quella della decadenza dalle facoltà difensive eventualmente non esercitate, in funzione delle quali essa è stata prevista; ma nulla è stato disposto a tal proposito. In realtà, “nel bilanciamento tra esigenze di speditezza del procedimento ed esigenze di conoscenza delle accuse e conseguentemente, con quella della libertà di scelta delle strategie difensive, sono queste ultime ad avere la prevalenza [perché] è consentito [...] scegliere il *se*, il *quando* ed il *quomodo* esercitare i propri diritti

difensivi, senza che da tale scelta possano derivare conseguenze sanzionatorie di carattere processuale”.⁴³⁹

Fin qui si è discusso dei riflessi della norma in oggetto sulla coerenza del sistema processuale, ossia, in termini di teoria generale. E’ invece ora necessario affrontare almeno alcuni dei problemi che essa pone su di un piano più concretamente disciplinare. Un primo problema riguarda il rapporto con l’art. 416 comma 2 c.p.p. In proposito, si può rilevare che la *discovery* che tale ultima disposizione disciplina è più ampia rispetto a quella di cui all’art. 415 *bis* c.p.p., perché si estende anche agli atti d’indagine eventualmente compiuti dal magistrato del pubblico ministero su richiesta dell’indagato. Sotto questo profilo, dunque, il sistema manifesta un’assoluta coerenza. Il magistrato del pubblico ministero avverte l’indagato della conclusione delle indagini; l’indagato prende visione dei risultati delle stesse presso la segreteria del magistrato del pubblico ministero, può presentare memorie, documenti e la documentazione relativa alle investigazioni difensive. Può, infine, chiedere lo svolgimento di ulteriori indagini. Tutto il materiale confluisce nel fascicolo trasmesso al giudice per le indagini preliminari, primo giudice davanti al quale esso sarà valutato nel contraddittorio delle parti.

Ulteriore questione è quella che concerne gli effetti che possono seguire alla presentazione di documenti, allo svolgimento delle indagini richieste dalla difesa o

⁴³⁹ F. VERDOLIVA, “L’avviso all’indagato della conclusione delle indagini”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura, cit., Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, cit., 85

all'interrogatorio dell'indagato. In proposito, pur dovendosi riconoscere l'indiscutibile "forza di prevenzione insita nella determinazione di esercitare l'azione penale"⁴⁴⁰, è del tutto evidente che qualora gli elementi acquisiti determinassero una variazione decisiva del quadro investigativo in senso favorevole all'indagato, il magistrato del pubblico ministero dovrà richiedere l'archiviazione. D'altra parte, gli ulteriori apporti possono comportare una modificazione del fatto per il quale si procede, diverso rispetto a quello indicato nell'avviso di conclusione delle indagini, o, eventualmente, l'emergere di circostanze aggravanti o di un reato connesso. Rispetto a tali evenienze, in dottrina si è ritenuto che "logica e buon senso impongono di ritenere che a quel punto il pubblico ministero possa, senza timore alcuno, presentare la richiesta di rinvio a giudizio, contestando i fatti quali emergono dalle nuove acquisizioni, frutto delle iniziative del difensore e dell'indagato"⁴⁴¹. In questo caso, dunque, si può verificare una non coincidenza tra il contenuto dell'avviso e la richiesta di rinvio a giudizio; possibilità, per altro, limitata a questa sola ipotesi, perché, come rilevato in dottrina, la funzione di garanzia dell'istituto di cui all'art. 415 *bis* c.p.p. induce a propendere per la tendenziale immodificabilità dell'addebito enunciato nell'avviso. La sommaria enunciazione del fatto in esso contenuta, viene qualificata *imputazione provvisoria condizionata*, nel senso che "può essere modificata – in

⁴⁴⁰ A.A. DALIA, *op. cit.*, 8.

⁴⁴¹ R. BRICCHETTI, *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, cit., XLIV.

melius o in peius – unicamente per effetto di acquisizioni investigative sollecitate dall'indagato⁴⁴². Per cui, di regola, l'imputazione formulata con la richiesta di rinvio a giudizio, non può essere diversa rispetto all'imputazione provvisoria del precedente avviso, perché, in caso contrario, si determinerebbe una lesione dei diritti partecipativi dell'imputato, con conseguente nullità della richiesta di rinvio a giudizio *ex art. 178 lett. c) e 180 c.p.*⁴⁴³.

Per altro, la modifica dell'imputazione potrebbe conseguire alle nuove indagini che il magistrato del pubblico ministero, *sua sponte*, abbia eventualmente compiuto prima della richiesta di rinvio a giudizio, ma dopo la spedizione dell'avviso, ove si ammetta la possibilità dello svolgimento di tali indagini. Le due questioni, dunque, sono strettamente connesse.

In dottrina, rispetto all'eventualità di un supplemento d'indagine successivo alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, sono emerse posizioni diverse. Una risposta di netta chiusura è stata fornita da chi ha ritenuto che la *ratio* della disciplina in esame, chiaramente d'ispirazione garantista, non può non far ritenere precluso un prolungamento dell'attività investigativa del magistrato del

⁴⁴² F. VERDOLIVA, "L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini", cit., 76.

⁴⁴³ *Contra*, R. BRICCHETTI, *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, cit., XLIII, il quale osserva che "è arduo [...] ritenere integrata la nullità della richiesta di rinvio a giudizio che, discostandosi dagli addebiti formulati nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, imputi fatti diversi, reati in concorso formale o in continuazione e circostanze aggravanti. Se, invero, la contestazione di siffatte evenienze nel corso dell'udienza preliminare continua ad essere valida e rituale - anche se gli elementi posti alla base della stessa già esistevano negli atti d'indagine (art. 423 c.p.p.) - si potrebbe addirittura essere indotti ad affermare che il fatto che il pubblico ministero le imputi con la richiesta di rinvio a giudizio, anziché attendere l'udienza preliminare, determina una minore compressione dei diritti di difesa".

pubblico ministero, tra l'altro, "valutabile in sede disciplinare se rappresentasse un costante metodo di condotta". D'altra parte, i risultati di tali eventuali indagini sarebbero comunque inutilizzabili, ove fosse scaduto il termine delle indagini (art. 407 comma 3 c.p.p.)⁴⁴⁴. Di segno esattamente contrario l'opinione di chi invece rileva che la negazione al magistrato del pubblico ministero del potere di proseguire le indagini pur dopo la notifica dell'avviso, rappresenterebbe un'indebita violazione del principio di continuità investigativa, principio che, come a suo tempo si è visto, venne già teorizzato nella *Relazione* ed è stato poi successivamente specificato nell'elaborazione giurisprudenziale.

In verità, la soluzione del problema sembra debba essere ricavata in una diversa prospettiva, e ruota principalmente intorno alla verifica della scadenza del termine delle indagini. In dottrina si è osservato che mentre l'art. 415 *bis* c.p.p. discorre di *conclusione* delle indagini, il tit. VIII del libro V utilizza l'espressione *chiusura* delle indagini⁴⁴⁵, dal che si è desunto che ove non siano scaduti i termini, il magistrato del pubblico ministero può compiere utilmente ulteriori attività d'indagine. In verità, la conclusione appare fondata su di un argomento testuale assai debole, perché, pur con tutta la buona volontà, non si riesce a sfuggire all'idea che le due locuzioni, da un punto di vista semantico, assumono lo stesso ed identico significato. Più convincente, allora, un'altra distinzione prospettata in

⁴⁴⁴ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2820.

⁴⁴⁵ U. ANTICO, "La legge Carotti", *Unità per la Costituzione, incontro con gli uditori giudiziari*, Napoli, 7 gennaio 2000, cit., *retro*, 1.4, nota 78.

dottrina, ossia quella tra conclusione delle indagini *necessaria e facoltativa*, che si configurano, la prima, “quando è scaduto l’intero periodo di tempo destinato alle indagini preliminari o perché le proroghe sono state richieste interamente o perché non possono essere concesse”; la seconda, quando il magistrato del pubblico ministero, pur avendo a disposizione altre strade da percorrere, ritenga di dover scegliere quella della chiusura delle indagini preliminari”⁴⁴⁶.

Potrebbe certamente accadere che il magistrato del pubblico ministero, per una sua valutazione ottimistica o anche semplicemente affrettata, ritenga le indagini concluse ben prima della scadenza del termine di legge e si determini perciò a notificare l’avviso in questione. Tuttavia, successivamente, per fatti preesistenti o sopravvenuti, talvolta scaturiti dalle iniziative difensive, si potrebbero rendere opportuni o addirittura necessari nuovi atti d’indagine che potrebbero essere compiuti nel termine di legge.

Poiché, d’altra parte, l’art. 407 c.p.p. prevede la sanzione dell’inutilizzabilità solo per gli atti compiuti dopo la scadenza del termine delle indagini, gli atti successivi alla notifica dell’avviso, compiuti prima di tale scadenza saranno pienamente utilizzabili, fermo restando che il magistrato del pubblico ministero dovrà comunque nuovamente provvedere alla notifica dell’avviso, se dal supplemento d’indagine emergono nuovi elementi. Soluzione obbligata, dunque, sembra essere il riavvio degli adempimenti previsti dall’art 415 *bis* c.p.p., con

⁴⁴⁶ F. VERDOLIVA, “L’avviso all’indagato della conclusione delle indagini”, cit., 110.

successiva formulazione dell'imputazione nella richiesta di rinvio a giudizio sulla base della nuova situazione delineatasi⁴⁴⁷.

Nel caso in cui, invece, il termine delle indagini sia già scaduto, il magistrato del pubblico ministero avrà ormai inviato l'avviso di conclusione delle indagini, e dovrà, in via successiva, attenersi agli altri adempimenti previsti dall'art. 415 *bis* c.p.p. e, una volta presentata la richiesta di rinvio a giudizio, potrà fare affidamento sulla previsione di cui all'art. 419 comma 3 c.p.p. In ordine a tale ultima disposizione, si è affermato che essa dovrebbe porsi "in un ambito assolutamente residuale, e cioè operare nei confini del *novum repertum* rispetto a quanto il magistrato del pubblico ministero avrebbe già potuto disporre; viceversa, consentendo un prolungamento investigativo privo di regole, sia la garanzia connessa alla *discovery* anticipata (art. 415 *bis* comma 1 c.p.p.) sia la previsione secondo cui – giunte al capolinea – le ulteriori indagini dovrebbero essere svolte nell'esclusiva ottica dell'accusato (art. 415 *bis* commi 1 e 4), sarebbero fatalmente vulnerate dalla libertà del magistrato del pubblico ministero di continuare le sue

⁴⁴⁷ In dottrina, si sono però distinte due ipotesi: quella in cui le nuove indagini comportano una modificazione del fatto, nel qual caso si ritiene necessaria la ripetizione dell'avviso, e quella in cui gli atti d'indagine compiuti comportano solo un'integrazione degli elementi probatori, ferma restando l'identità del fatto, eventualità rispetto alla quale potrebbe essere sufficiente che il magistrato del pubblico ministero "dia avviso all'indagato ed al difensore del deposito in segreteria anche di tali ulteriori atti d'indagine (nel qual caso, per altro, il termine di venti giorni posto dall'art. 415 *bis* c.p.p. nell'interesse dell'indagato e del difensore ricomincerebbe a decorrere dalla notifica dell'avviso predetto)" [R. BRICCHETTI, *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, cit., XLII]. La tesi della necessità della rinnovazione dell'avviso è accolta, sia pure in via subalterna al divieto di svolgimento di ulteriori indagini, anche da A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2820, il quale per altro applica la medesima soluzione anche al caso di nuove indagini svolte su richiesta dell'indagato (*op. cit.*, 2279).

ricerche come e meglio crede”. Si è tuttavia riconosciuto che questa ricostruzione non trova “agganci diretti sul terreno positivo”⁴⁴⁸.

3.17 segue: b) la costituzione delle parti e gli adempimenti successivi.

L’esame delle modalità introduttive dell’udienza preliminare è già stato a suo tempo compiuto. In quel caso, attesa la portata relativamente limitata delle modifiche legislative, si era privilegiata, diversamente dal metodo successivamente adottato, una disamina che prendesse in considerazione già in quella sede le innovazioni introdotte, senza rinviarne la valutazione ad un momento successivo. Lo studio, tuttavia, si era fermato per così dire sulla soglia dell’udienza preliminare, senza esaminare i primi adempimenti processuali dell’udienza introdotta con la richiesta di rinvio a giudizio. E’ allora giunto il momento di oltrepassare quella soglia⁴⁴⁹.

A tal fine, è innanzi tutto necessario prendere atto del quadro generale della normativa che ci si accinge ad esaminare. L’art. 19 comma 2 della l. 479/99 ha inserito nel codice di procedura penale gli artt. 420 *bis* – 420 *quiquies*. Per quanto

⁴⁴⁸ A. SCALFATI, *loc. cit.* Un’utile riepilogazione delle problematiche a suo tempo esaminate in merito ai limiti temporali delle indagini, è compiuta da ultimo da L. IANNUZZI, *Le indagini del pubblico ministero tardive, suppletive ed integrative*, in *Giust. pen.*, 2001, III, 1 ss.

⁴⁴⁹ Per chiarezza, va ricordato che nel corso del cap. 1 si è esaminata la tematica della separazione della fasi. Ciò ha reso necessario affrontare le problematiche connesse al regime del c.d. doppio fascicolo, ivi compresa l’innovazione, dovuta alla l. 479/99, della formazione del fascicolo per il dibattimento nel contraddittorio delle parti. Anche sotto questo profilo, quindi, nulla pare debba essere aggiunto in seguito.

riguarda invece l'art. 420 c.p.p., la disposizione è stata riformulata, con la pedissequa ripetizione dei primi tre commi, mentre la disciplina dell'originario comma 4 è stata rivista ed ampliata, con lo spostamento della relativa normativa nei nuovi articoli aggiuntivi. Inoltre, la disciplina delle modalità di documentazione di quanto avviene in udienza, che originariamente era contenuta nel comma 5 dell'art. 420 c.p.p., è ora contenuta nel comma 4 della disposizione, anch'essa però modificata rispetto a quanto previsto in precedenza. Infine, l'art. 39 della l. 479/99 ha previsto, in materia di atti introduttivi al dibattimento, l'abrogazione degli artt. 485 – 488 c.p.p. (comma 2) ed ha inserito nell'art. 484 c.p.p. il comma 2 *bis*, il quale stabilisce che si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 420 *ter* - 420 *quinquies* c.p.p. (comma 1).

Ciò detto, s'impone una prima considerazione di carattere terminologico. L'art. 420 c.p.p. reca la rubrica "costituzione delle parti"; si tratta di un concetto che merita qualche precisazione. In dottrina si è osservato che esso "evoca e sottolinea il fatto che con l'udienza preliminare si realizza stabilmente il rapporto triadico (pubblico ministero – imputato – giudice) la cui corretta costituzione, appunto, deve essere verificata"⁴⁵⁰. Non si può tuttavia non rilevare che la locuzione "costituzione delle parti", così come utilizzata nel codice di procedura penale, assume un significato ambiguo. Essa, infatti, mutuata dal linguaggio processualcivilistico, può suscitare qualche perplessità, ove si tenga presente la

⁴⁵⁰ G. FRIGO, "Udienza preliminare", cit., 611.

mancanza, quanto meno per l'imputato, di un atto formale che segni la presenza ufficiale della parte nel processo. Per altro, anche in questo significato non squisitamente tecnico⁴⁵¹, non equivalente a quello proprio del processo civile, il linguaggio del legislatore appare comunque dotato di una sua pregnanza, nella misura in cui esso vale ad evidenziare che la costituzione "è inerente al concetto di contraddittorio, ed è in virtù di tale costituzione che il contraddittorio può svolgersi"⁴⁵². Ed è proprio in funzione dell'instaurazione del contraddittorio, che il comma 1 del nuovo art. 420 c.p.p. continua a prevedere che "l'udienza si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato".

Rilevato che per quanto riguarda la non pubblicità dell'udienza preliminare, che si svolge appunto in camera di consiglio, senza la presenza del pubblico, appare sufficiente quanto già detto a suo tempo⁴⁵³, si può invece passare all'esame delle altre disposizioni dettate dall'art. 420 c.p.p.

Il comma 2 prevede che "il giudice procede agli accertamenti relativi alla costituzione delle parti ordinando la rinnovazione degli avvisi, delle citazioni, delle comunicazioni e delle notificazioni di cui dichiara la nullità", perché, in questi casi,

⁴⁵¹ In dottrina si è detto che "la costituzione si colloca ambigualmente tra presenza reale e presenza legale, non sempre riuscendo a distinguersi la costituzione dalla semplice comparizione" (G. FRIGO, *op. cit.*, 611 s.).

⁴⁵² N. GIUDICEANDREA, "Costituzione in giudizio", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 234.

⁴⁵³ Si veda *retro*, 3.11, pag. 251 s.

il rapporto processuale non si è correttamente costituito. Qualora poi il difensore dell'imputato, ritualmente avvisato, non sia presente, il giudice procede a norma dell'art. 97 comma 4 c.p.p., ossia con la designazione di un difensore d'ufficio come sostituto immediatamente reperibile (art. 420 comma 3 c.p.p.), il quale ha diritto di chiedere un termine per la difesa non inferiore a sette giorni, secondo quanto previsto dall'art. 108 c.p.p., come da ultimo sostituito dall'art. 5 della l. 6 marzo 2001 n. 60, recante "disposizioni in materia di difesa d'ufficio"⁴⁵⁴.

Prima della l. 479799, nessuna disposizione specifica era dettata per l'ipotesi in cui il difensore non fosse comparso per legittimo impedimento. Il codice, infatti, si limitava ad imporre la nomina del difensore d'ufficio, in caso di mancata comparizione del difensore di fiducia, senza distinzione alcuna in ordine ai motivi della mancata comparizione. Ne derivava, a differenza di quanto statuito per l'imputato, l'impossibilità di disporre il rinvio dell'udienza. In dottrina⁴⁵⁵ si opinava trattarsi di una scelta poco opportuna, in quanto il difensore d'ufficio, attesa la ristrettezza dei termini, ben difficilmente avrebbe potuto prepararsi adeguatamente per l'udienza preliminare, pur riconoscendosi la conformità della disciplina al tenore letterale della legge delega, la quale, alla direttiva 77 prevedeva per il solo dibattimento il rinvio dell'udienza "quando risulti che l'imputato od il difensore sono nell'assoluta impossibilità di comparire per legittimo

⁴⁵⁴ Pubblicata in *G.U. n. 67 del 21 marzo 2001*.

⁴⁵⁵ G. FRIGO, "Udienza preliminare", cit., 613.

impedimento”. Più incisivamente, altri osservava che “non sembra seriamente revocabile in dubbio l’illegittimità costituzionale della mancata previsione in questione, che costituisce l’ulteriore anello dimostrativo della scarsa sensibilità del legislatore per l’inviolabilità del diritto costituzionale di difesa”⁴⁵⁶. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sent. n. 175 del 31 maggio 1996, dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale proposta nei confronti dell’art. 420 comma 3 c.p.p. La Corte, infatti, rilevò che “la necessità di assicurare l’assistenza difensiva non implica che sempre e comunque tale assistenza debba essere prestata dal difensore precedentemente nominato, essendo ragionevole che il legislatore, in relazione all’importanza della sede processuale ed ai concreti contenuti in cui si sostanzia l’attività del difensore, operi un bilanciamento tra l’interesse dell’assistito alla presenza del difensore fiduciario e l’interesse pubblico alla speditezza del processo”⁴⁵⁷.

Diverso era invece il discorso per l’imputato. L’art. 420 c.p.p., nella versione originaria, al comma 4 prevedeva che “quando l’imputato non si presenta all’udienza e ricorrono le condizioni previste dall’art. 485 commi 1 e 486 commi 1 e 2, il giudice fissa la data della nuova udienza e dispone che ne sia dato avviso all’imputato [...]”. Il codice, quindi, attraverso il rinvio alla disciplina degli atti introduttivi al dibattimento, imponeva il rinvio dell’udienza preliminare nell’ipotesi

⁴⁵⁶ C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, cit., 641.

⁴⁵⁷ *Cass. pen.*, 1997, 1645.

di prova o di probabilità della mancata conoscenza effettiva dell'udienza stessa da parte dell'imputato, a condizione però che la mancata conoscenza non fosse a lui imputabile per colpa. Nello stesso modo il giudice doveva provvedere nell'ipotesi in cui l'imputato non si fosse presentato alla prima udienza, purché risultasse l'attribuibilità dell'assenza ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, oppure vi fosse la probabilità di un caso fortuito o di forza maggiore, probabilità liberamente valutata dal giudice, secondo quanto specificato dal comma 2 dell'art. 486 c.p.p., espressamente richiamato dall'art. 420 comma 4 c.p.p., il quale, invece, non richiamava l'art. 485 comma 2 c.p.p., che prevedeva la libera valutazione della probabilità anche per l'effettiva conoscenza dell'udienza da parte dell'imputato.

Si prevedeva, poi, che la data della nuova udienza doveva essere comunicata oralmente ai presenti, ma l'eventuale assenza delle altre parti private (persona offesa, parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato) regolarmente citate, non poteva determinare il rinvio dell'udienza, essendo questa possibilità espressamente esclusa dall'art. 23 disp. att. c.p.p. Per cui, la loro assenza rimaneva sotto questo profilo del tutto irrilevante⁴⁵⁸.

Non trovava poi applicazione in sede di udienza preliminare la disciplina della contumacia, non essendo richiamata la relativa normativa dettata con riguardo alla fase dibattimentale (artt. 487 ss. c.p.p.). Inoltre, nemmeno era previsto il

⁴⁵⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, 1995, cit., 781.

differimento dell'udienza per l'ipotesi d'impossibilità a comparire dell'imputato ad un'udienza successiva alla prima, come nel caso in cui il giudice dell'udienza preliminare avesse provveduto a norma dell'art. 422 c.p.p. Tale mancanza in dottrina era considerata del tutto irragionevole, osservandosi che “un'esegesi conforme ai canoni costituzionali [...] impone di ritenere sussistente, in tali casi, l'obbligo del giudice di fissare una nuova data allo scopo di rendere possibile l'esercizio del contraddittorio in via personale”⁴⁵⁹.

Per quanto riguarda poi le modalità di documentazione di ciò che avveniva in udienza, l'originario art. 420 comma 5 c.p.p. stabiliva che “il verbale dell'udienza preliminare è redatto *soltanto* in forma riassuntiva a norma dell'art. 140 comma 2”. L'uso dell'avverbio “soltanto” serviva, quindi, per escludere la verbalizzazione integrale, mentre, secondo quanto si riteneva in dottrina, il richiamo esplicito all'art. 140 comma 2 c.p.p. – in forza del quale, quando il verbale è redatto in forma riassuntiva, “il giudice vigila affinché sia riprodotta nell'originaria genuina espressione la parte essenziale delle dichiarazioni, con la descrizione delle circostanze nelle quali sono rese se queste possono servire a valutarne la credibilità” – implicava l'esclusione della contestuale riproduzione fonografica, ex art. 134 comma 3 c.p.p.⁴⁶⁰. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sent. n. 529 del 3 dicembre 1990, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 420 comma 5

⁴⁵⁹ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 51.

⁴⁶⁰ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 615.

c.p.p., in riferimento all'art. 76 Cost., per contrasto con i principi dettati dalla direttiva n. 8 della legge delega⁴⁶¹. In particolare, la norma fu dichiarata illegittima “nella parte in cui prevede che la verbalizzazione dell’udienza preliminare avvenga *soltanto* anziché *di regola* in forma riassuntiva e non dà la possibilità al giudice di avvalersi dell’altra forma di verbalizzazione in relazione alle circostanze processuali”⁴⁶². L’illegittimità, infatti, derivava, secondo la Corte, non dall’aver previsto la redazione del verbale in forma riassuntiva, il che trovava una sua ragionevole giustificazione in relazione ad esigenze di speditezza, ma dall’aver previsto tale forma in via esclusiva, negando la possibilità di ricorrere alla verbalizzazione integrale, ove ciò fosse apparso necessario in relazione alle concrete esigenze processuali. Per inciso, occorre fare presente che la questione assumeva una rilevanza molto maggiore di quanto a prima vista possa sembrare, attesa la possibilità di un eventuale recupero in sede dibattimentale degli atti dell’udienza preliminare attraverso il regime delle letture e delle contestazioni.

Per quanto riguarda la disciplina dettata dalla l. 479/99, l’art. 420 c.p.p., nella sua nuova formulazione, prevede al comma 4 che “il verbale dell’udienza preliminare è redatto di regola in forma riassuntiva a norma dell’art. 140 comma 2; il giudice, su richiesta di parte, dispone la riproduzione fonografica o audiovisiva

⁴⁶¹ Che prevedeva “l’adozione di strumenti opportuni per la documentazione degli atti processuali; la previsione della partecipazione di ausiliari tecnici nel processo per la redazione degli atti processuali con adeguati strumenti; la possibilità che il giudice disponga l’adozione di una diversa documentazione degli atti processuali in relazione alla semplicità o alla limitata rilevanza degli stessi ovvero alla contingente indisponibilità degli strumenti o degli ausiliari tecnici”.

⁴⁶² *Cass. pen.*, 1991, II, 87.

ovvero la redazione del verbale con la stenotipia”. Il legislatore, quindi, nel riformulare la norma ha fatto propria la soluzione espressa dalla Corte costituzionale, in forza della quale la redazione del verbale in forma riassuntiva deve costituire la regola, e non l’unica modalità di documentazione possibile. Per altro, coerentemente alla nuova fisionomia dell’udienza preliminare, che comporta un sensibile ampliamento delle attività probatorie, il legislatore “non avrebbe potuto limitarsi a riprodurre il previgente disposto normativo, sia pure nel testo risultante dalla pronuncia di legittimità costituzionale. Infatti, in tal caso, la previsione sarebbe stata quasi esclusivamente focalizzata sulla verbalizzazione riassuntiva”⁴⁶³. Tuttavia, da questa premessa, comune in dottrina, si fanno discendere conseguenze diverse.

V’è infatti chi afferma che si è delineato un sistema in cui si è attribuito alle parti il potere di valutare la conformità al loro interesse della redazione del verbale in forma riassuntiva “che fornisce un quadro inevitabilmente sfocato ed impreciso di quanto avvenuto sulla scena processuale, col rischio di determinare l’omissione di dati particolarmente rilevanti ai fini conoscitivi”⁴⁶⁴. Per questo si è previsto che la richiesta di parte genera l’obbligo di disporre la riproduzione fonografica, audiovisiva o la redazione del verbale attraverso la stenotipia, quali forme di

⁴⁶³ P.P. RIVELLO, in AA.VV, *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p., Leg. pen.*, 2000, 374.

⁴⁶⁴ P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 375.

riproduzione integrale⁴⁶⁵. Tale impostazione, però, pur corrispondendo verosimilmente alla *voluntas legis*, manifesta qualche pecca sotto il profilo della coerenza sistematica, nella misura in cui postula un'inopportuna confusione, per così dire, tra il *quantum* della documentazione ed il *modus* della stessa.

In effetti, l'art. 134 comma 2 c.p.p. testualmente prevede che “il verbale è redatto in forma integrale o riassuntiva, con la stenotipia o altro strumento meccanico, ovvero, in caso d'impossibilità di ricorso a tali mezzi, con la scrittura manuale”. Ora, l'art. 422 comma 4 c.p.p., nella prima parte, come visto, stabilisce per l'udienza preliminare la regola dell'ordinaria redazione del verbale in forma riassuntiva, dando concretezza in questa maniera all'alternativa aperta dall'art. 134 comma 2 c.p.p. (il *quantum*).

In merito al *modus*, ossia al mezzo di documentazione, l'art. 134 comma 2 c.p.p. fa riferimento alla scrittura manuale, alla stenotipia o ad altri strumenti meccanici. Vanno poi aggiunti, come ulteriori strumenti di documentazione, la riproduzione fonografica ed audiovisiva. A sua volta, l'art. 422 comma 4 c.p.p., dopo aver risolto il problema del *quantum* della documentazione, nella sua seconda parte, secondo una tecnica del tutto rispondente a quella dell'art. 134 comma 2 c.p.p., prevede che su richiesta di parte il giudice deve disporre la riproduzione fonografica, audiovisiva o la redazione del verbale mediante stenotipia. Questo

⁴⁶⁵ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 357.

dunque il quadro normativo. Occorre verificare quali conseguenze se ne possono trarre.

In verità, si potrebbe ritenere che le due proposizioni contenute nell'art. 422 comma 4 c.p.p. non si pongano in via alternativa, nel senso che, normalmente si provvede alla verbalizzazione in forma riassuntiva, salvo che, a seguito di una richiesta di parte, si debba procedere alla documentazione integrale mediante riproduzione fonografica, audiovisiva o verbalizzazione mediante stenotipia. In questo caso, infatti, si opererebbe quella confusione tra *quantum* e *modus* della documentazione sopra accennata. Si potrebbe invece pensare che il rapporto tra le due proposizioni non sia di alternatività ma di complementarietà. In sostanza, il legislatore ha stabilito la *regola* della redazione del verbale in forma riassuntiva, lasciando quindi aperta la strada all'eventuale verbalizzazione integrale, secondo le concrete esigenze processuali. Per quanto concerne gli strumenti di documentazione, la regola diventerebbe quella della redazione manuale del verbale, salvo che una parte richieda il ricorso alla stenotipia o la riproduzione fonografica od audiovisiva, che potrebbero in ogni caso combinarsi con la redazione del verbale sia in forma riassuntiva che integrale e non senza porsi in via sostitutiva rispetto a tali modalità⁴⁶⁶. Si dovrebbe pertanto concludere che l'art. 422 comma 4 c.p.p. “non tanto consente alle parti di influire sui modi più o meno ampi di

⁴⁶⁶ G. GARUTI, “La nuova fisionomia dell'udienza preliminare”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., 384 s.

redigere il verbale, quanto sull'uso dei macchinari di corredo⁴⁶⁷, mentre, in conformità all'indirizzo espresso dalla sent. 529/90, la scelta circa la forma integrale o riassuntiva del verbale spetterebbe al giudice.

Da un punto di vista sistematico, l'ultima interpretazione prospettata potrebbe essere preferibile, anche se non si possono nascondere le forti perplessità che sorgono quando si afferma che “pare lecito ritenere che, al di là della forma adottata – riassuntiva o integrale – la regola sia costituita dalla redazione del verbale mediante scrittura manuale”⁴⁶⁸; soluzione questa, che anche al di là di ogni considerazione d'opportunità, cozza con la lettera dell'art. 134 comma 2 c.p.p. Ma anche al di là di ciò, in ultima analisi, sembra che nessuno dei due orientamenti possa essere accolto integralmente. In effetti, non appare corretto che la scelta tra documentazione integrale o riassuntiva dipenda esclusivamente dalle parti. Se così fosse, infatti, si dovrebbe anche concludere che qualora nessuna di esse abbia avanzato una richiesta ai sensi dell'art. 422 comma 4 c.p.p., il giudice sarebbe per così dire ingabbiato da questa inazione e non potrebbe comunque adeguare le modalità di documentazione alle effettive e concrete esigenze processuali. Per converso, nemmeno si può attribuire al solo giudice il potere, praticamente arbitrario, di scegliere tra l'una e l'altra forma. Tra l'altro, non si può trascurare il fatto che se le parti nulla hanno da obiettare alla redazione del verbale in forma

⁴⁶⁷ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2822.

⁴⁶⁸ G. GARUTI, *loc. cit.*

riassuntiva, una scelta diversa da parte del giudice, non giustificata dalla complessità degli atti da compiere, certamente finisce per pregiudicare la maggiore celerità della procedura che all'opzione delle parti può conseguire.

Ma c'è una terza via. In effetti, il tenore letterale della norma sembrerebbe suggerire che il giudice possa disporre il ricorso alle ulteriori e più complete forme di documentazione solo su richiesta di parte. Tuttavia, in dottrina, già prima della legge Carotti, si era affermato che la disciplina complessiva della documentazione degli atti *ex artt. 134 ss. c.p.p.*, lascia emergere l'intento di affidare al giudice la valutazione della necessità, in relazione alla maggiore o minore complessità degli atti compiuti, di disporre o meno la riproduzione integrale⁴⁶⁹. Ed allora, in rapporto al nuovo art. 420 comma 4 c.p.p., operando quella che appare una sintesi tra i due orientamenti citati, si può affermare che le parti possono richiedere la riproduzione fonografica, audiovisiva o la redazione del verbale mediante stenotipia, quali forme di documentazione integrale, ma, pur mancando un'esplicita previsione in tal senso, nell'ipotesi in cui nessuna delle parti abbia avanzato tale richiesta, il giudice può provvedere d'ufficio⁴⁷⁰.

Altra questione è quella dell'eventuale impossibilità di procedere alla riproduzione fonografica od audiovisiva o alla redazione del verbale mediante stenotipia, per la carenza di personale e/o di strumenti tecnici. In proposito in

⁴⁶⁹ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 56.

⁴⁷⁰ F.P.C. IOVINO, "La costituzione delle parti all'udienza preliminare", in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, cit., 322.

dottrina si è affermato che il giudice in tal caso non potrebbe semplicemente limitarsi a dare atto dell'impossibilità di dare seguito alla richiesta di parte, ma dovrebbe disporre il rinvio dell'udienza per poter ottemperare alla richiesta, eventualmente anche attraverso il ricorso a personale esterno⁴⁷¹. Tuttavia, in dottrina⁴⁷² si è affermato che tale soluzione sarebbe in contrasto con "le esigenze di funzionalità dell'apparato giudiziario" sottese ad un pronunciamento della Corte costituzionale, ossia l'ord. n. 23 del 29 gennaio 1993⁴⁷³, ove, con riferimento all'art. 140 comma 1 c.p.p. – che nell'ipotesi di contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di ausiliari tecnici, consente la redazione del verbale in soltanto in forma riassuntiva – il Giudice delle leggi ha affermato che la possibilità di redigere il verbale in forma riassuntiva deriva dal "principio di indefettibilità della funzione giurisdizionale [...] che non può certamente essere impedita o sospesa a causa della materiale indisponibilità di tali strumenti".

Esaurito l'esame dell'art. 420 c.p.p., è necessario vagliare gli adempimenti ora prescritti dagli articoli aggiuntivi, introdotti dalla l. 479/99. Prima però può essere utile un breve *excursus* sui lavori preparatori. In questa sede, infatti, pare fuori luogo cercare di ricostruire passo passo le discussioni, gli emendamenti o le singole

⁴⁷¹ L. FILIPPI, "L'accertamento della regolare costituzione delle parti", in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, cit., 190; R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, in *Guida dir.*, 1/2000, XLVIII. *Contra*, E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 80 s.

⁴⁷² P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 376.

⁴⁷³ *Cass. pen.*, 1993, 1636.

modifiche apportate agli istituti *de quo* nel corso dell'*iter* parlamentare⁴⁷⁴. Assai più interessa, infatti, la sistematica della riforma, così come venne evolvendosi. Si è già visto in precedenza che nella logica dell'udienza predibattimentale, che inizialmente avrebbe dovuto sostituire l'udienza preliminare, s'imponeva l'anticipazione di tutta una serie di adempimenti i quali, invece, nel sistema originario del codice, erano rimessi alla fase introduttiva del dibattimento. Così che, nel testo inizialmente sottoposto all'esame della Commissione Giustizia della Camera, l'art. 18, nell'introdurre nel sistema l'udienza predibattimentale, disciplinava, innanzi tutto, nei nuovi artt. 419 – 421 c.p.p., gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti e l'eventuale rinnovazione della citazione, secondo uno schema sostanzialmente coincidente con quello dell'originario art. 420 commi 1 – 4 c.p.p., salvo il riferimento alla libera valutazione del giudice in ordine alla probabilità della conoscenza dell'udienza predibattimentale da parte dell'imputato ed il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore. La vera innovazione era però costituita dagli artt. 422 – 424 c.p.p. (così come previsti dal disegno di legge), in forza dei quali si disciplinavano la contumacia, l'assenza o l'allontanamento volontario dell'imputato e le questioni preliminari. Era poi prevista l'abrogazione totale degli artt. 485, 486 e 491 c.p.p., e parziale dell'art. 487 c.p.p.

⁴⁷⁴ A tal fine, più che esaurientemente, L. FILIPPI, *“La contumacia, l'assenza e l'allontanamento dell'imputato e l'impedimento del difensore nell'udienza preliminare”*, in AA.VV, *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, cit., 343 ss.

Come a suo tempo si è visto, il testo approvato alla Commissione Giustizia della Camera, salvo qualche modifica di carattere relativamente marginale, confermò nella sostanza tale indirizzo iniziale. Tuttavia, nel passaggio in Aula, nel più ampio contesto che vide l'abbandono della prospettiva dell'udienza predibattimentale, furono introdotte rilevanti modifiche anche sotto l'aspetto che in questa sede interessa. Infatti, se per un verso, rispetto all'originaria disciplina del codice, per la nuova udienza preliminare si prevedeva una più completa ed articolata disciplina della fase introduttiva, mutuata dall'udienza predibattimentale del disegno originario della riforma, per altro verso, nessuna modifica od abrogazione era più prevista rispetto agli artt. 484 – 491 c.p.p.

Trasmesso all'altro ramo del Parlamento, il disegno di legge fu sottoposto alla Commissione Giustizia del Senato. Nel testo approvato il 29 luglio 1999, gli adempimenti introduttivi dell'udienza preliminare erano disciplinati dagli artt. 420 – 420 *sexies*⁴⁷⁵, così come previsti dall'art. 23. Fu però anche inserito l'art. 46 *bis*, il quale, con il comma 2, interveniva sull'art. 484 c.p.p. introducendo un nuovo comma 2 *bis*, che al fine di evitare un'inutile duplicazione, prevedeva, con riguardo agli atti introduttivi del dibattimento, che “si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 420 *bis*, 420 *ter*, 420 *quater* e 420 *quinquies*, mentre il comma 3 abrogava gli artt. 485 – 488 c.p.p. Inoltre, all'art. 491 comma 1 c.p.p., in

⁴⁷⁵ Articolazione questa derivante dal testo approvato dalla Camera il 10 febbraio 1999.

materia di questioni preliminari, si premetteva “salvo quanto previsto dall’art. 420 *sexies*” (comma 4).

Nel successivo passaggio in Aula, l’art. 420 *sexies* c.p.p. fu soppresso, mentre nell’art. 46 *bis* del disegno di legge, divenuto nel frattempo l’art. 42, furono eliminati il comma 1 ed il riferimento al citato art. 420 *sexies* c.p.p. contenuto nel comma 4, rimanendo invece esso inalterato nei commi 2 e 3.

In pratica, tutto ciò significava che gli stessi adempimenti dovevano essere espletati sia nell’udienza preliminare che in dibattimento, con conseguente inutile duplicazione di attività ed ovvia dilatazione dei tempi processuali. Il sistema così delineato, rimasto inalterato fino all’approvazione definitiva, costituisce la base per il prosieguo dell’analisi.

L’art. 420 *bis* comma 1 c.p.p. prevede che “il giudice dispone, anche d’ufficio, che sia rinnovato l’avviso dell’udienza preliminare a norma dell’art. 419 comma 1, quando è provato o appare probabile che l’imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza, sempre che il fatto non sia dovuto a sua colpa e fuori dei casi di notificazione mediante consegna al difensore [...]”. La norma così formulata riproduce in sostanza l’art. 485 comma 1 c.p.p., ora abrogato, disposizione che per altro era già applicabile in sede di udienza preliminare, grazie al rinvio operato dal vecchio art. 420 comma 4 c.p.p. Sotto questo profilo, dunque, non c’è niente di nuovo. Invece, un elemento di novità emerge dal comma 2 della disposizione in esame, ove espressamente si prevede che “la probabilità che l’imputato non abbia

avuto conoscenza dell'avviso è liberamente valutata dal giudice. Tale valutazione non può formare oggetto di discussione successiva né motivo d'impugnazione". In questo caso è stato riprodotto il testo dell'abrogato art. 485 comma 2 c.p.p., che al contrario del comma 1 del medesimo articolo, come visto, non era richiamato dall'art. 420 comma 4 c.p.p.

Questa la disciplina. E' però necessario scendere nel merito dei problemi che essa pone, problemi che data la coincidenza con quanto in precedenza dettato dall'art. 485 commi 1 e 2 c.p.p., possono essere esaminati facendo riferimento agli sviluppi dottrinari e giurisprudenziali riguardanti tale norma.

L'art. 420 *bis* c.p.p., come del resto il previgente art. 485 c.p.p., costituisce una deroga al principio su cui si fonda il sistema delle notificazioni degli atti, secondo cui, una volta adempiute le formalità proprie della notificazione, l'atto si presume conosciuto dal destinatario, a prescindere dall'effettiva conoscenza che questi ne abbia in concreto⁴⁷⁶. Il presupposto per l'operatività della disciplina in questione è che la notificazione sia stata regolarmente effettuata. Nel caso di specie, il giudice verifica la regolarità della notificazione *ex art.* 420 comma 2 c.p.p. Tuttavia, a maggior tutela dell'imputato, il codice prevede che una volta accertato il rispetto degli adempimenti formali, il giudice debba "spostare l'indagine sui risultati pratici

⁴⁷⁶ F. PLOTINO, *Il dibattito nel nuovo c.p.p.*, Giuffrè, Milano, 1994, 59.

dell'atto e disporre la rinnovazione quando è certo o quando appare solamente probabile che l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza⁴⁷⁷.

Si è per altro rilevato che la deroga alla regola della presunzione legale di conoscenza, non significa che il giudice debba accertare, in ogni caso, l'effettiva conoscenza dell'atto da parte dell'imputato, "attesa la pressoché impossibilità di perseguire una tale prova"⁴⁷⁸. Ed è per questo che il legislatore, affinché il giudice sia obbligato a rinnovare l'avviso, ha richiesto, in via alternativa, la prova o la probabilità della non conoscenza.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, si può fare riferimento al caso dell'assenza prolungata dell'imputato dal proprio domicilio, oppure alla dichiarazione da parte di un terzo che ha ricevuto il documento recante l'avviso, che esso è andato distrutto o smarrito per fatto non imputabile all'interessato, prima che questi potesse prenderne conoscenza⁴⁷⁹. Per quanto concerne invece la seconda ipotesi, la probabilità di non conoscenza - si badi, non la semplice possibilità -

⁴⁷⁷ F.P.C. IOVINO, *"La costituzione delle parti all'udienza preliminare"*, cit., 316. In dottrina si è tuttavia affermato che "la conoscenza non è, in sé, che una modificazione interiore non percepibile all'esterno, un modo di essere intrasoggettivo il quale sfugge, come tale, ad ogni verifica umana, compresa, ovviamente, quella che può attuarsi in sede giudiziaria; tanto meno è suscettibile di prova un atteggiamento psichico negativo, come l'ignoranza (P. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1997, 269; anche, *"Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale"*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., 301).

⁴⁷⁸ F.P.C. IOVINO, *op. cit.*, 317.

⁴⁷⁹ P. MOSCARINI, *"L'udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale"*, cit., 301; anche L. FILIPPI, *"La rinnovazione dell'avviso dell'udienza preliminare"*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, cit., 190.

secondo quanto affermato nella *Relazione*⁴⁸⁰ con riferimento alla disciplina originariamente prevista per la fase dibattimentale, deriva da “quei fatti notori che possono far ritenere [...] un impedimento dell'imputato, quale può essere il caso in cui si siano verificate calamità naturali nel luogo ove egli risiede”. Si tratta, in altri termini, di fatti impeditivi di carattere naturale o anche sociale (per esempio, uno sciopero dei servizi pubblici) che non abbisognano di prove particolari perché di dominio pubblico, in quanto tali valutabili anche nell'esperienza del giudice come presumibilmente ostativi per la conoscenza degli atti giudiziari.

Si è già detto che secondo l'art. 420 *bis* comma 2 c.p.p., la probabilità è liberamente valutata dal giudice e non può essere oggetto di discussione successiva o di motivo d'impugnazione. Tale precisazione si giustifica, secondo una parte della dottrina, perché la valutazione probabilistica, ampiamente discrezionale, finisce con l'essere “assai prossima all'arbitrio” e perciò necessariamente inoppugnabile⁴⁸¹.

In verità, su questo punto in dottrina si sono espressi orientamenti diversificati. Vi è stato infatti chi ha ritenuto la disposizione di cui all'art. 420 *bis* comma 2 c.p.p. oggi, e dell'art. 485 comma 2 c.p.p. ieri, una “formula insensata, essendo ovvio che la motivazione dell'ordinanza è soggetta al vaglio della Corte di cassazione quanto alla sua logicità, altrimenti dovremmo concludere che il codice

⁴⁸⁰ *Relazione*, cit. 116.

⁴⁸¹ F.P.C. IOVINO, *op. cit.*, 319.

legittima decisioni irragionevoli e ciononostante insindacabili”⁴⁸². La questione è però più complessa di quello che a prima vista potrebbe sembrare. In effetti, poiché il vecchio art. 420 comma 4 c.p.p. richiamava il solo comma 1 dell’art. 485 c.p.p., si poteva fondatamente sostenere che il giudice dell’udienza preliminare, anche nel valutare la probabilità, dovesse motivare la sua decisione e questa potesse essere vagliata nel prosieguo del procedimento. Riguardo al dibattito, tuttavia, sussisteva l’ostacolo normativo costituito dal comma 2 dell’art. 485 c.p.p. In dottrina si era però sostenuto che il giudice, al momento della dichiarazione di contumacia, avrebbe in ogni caso dovuto motivare la relativa ordinanza, a pena di nullità *ex art. 125 comma 3 c.p.p.*, e quindi esprimere in quella sede le ragioni che lo avevano portato ad escludere la probabilità della non conoscenza, con la conseguente possibilità di controllare successivamente il provvedimento sotto il profilo della logicità [art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.]⁴⁸³. In caso contrario, il giudice sarebbe stato investito di un potere assolutamente discrezionale, al di fuori di ogni controllo, con grave pregiudizio del diritto dell’imputato ad essere presente nel processo e conseguente dubbio di legittimità costituzionale sotto il profilo dell’irragionevole disparità di trattamento tra la prova e la probabilità⁴⁸⁴. Analoghe

⁴⁸² L. FILIPPI, “*La rinnovazione dell’avviso dell’udienza preliminare*”, cit., 191.

⁴⁸³ P. MOSCARINI, *La contumacia dell’imputato*, cit., 276.

⁴⁸⁴ C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, cit., 225.

considerazioni sono ora state estese all'art. 420 *bis* c.p.p., che come visto riproduce pressoché integralmente il previgente art. 485 c.p.p.⁴⁸⁵

Non sembra tuttavia che questa posizione possa essere condivisa. In effetti, la ragione dell'evocata disparità di trattamento risiede nella differenza qualitativa tra prova e probabilità. La prima postula una situazione di certezza, sia pure processuale, che vincola il giudice a disporre la rinnovazione dell'avviso, mentre la probabilità costituisce una sorta di prova *semi plena*, in quanto si ritiene sufficiente “non l'accertamento dei fatti, ma la semplice apparente probabilità che i fatti si siano verificati”⁴⁸⁶. Essa integra dunque una deroga ai principi propri del sistema delle prove – che invece in linea generale si applicano non solo per i fatti materiali che costituiscono oggetto del processo, ma anche per le “situazioni processuali rilevanti per la decisione”⁴⁸⁷ - e nella specie all'art. 192 comma 1 c.p.p. secondo il quale il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

Tale deroga risponde, per così dire, ad uno scrupolo garantista del legislatore, che, a maggior tutela dell'imputato, a voluto dare ingresso anche a “situazioni probabili delle quali non è possibile dare la prova, perché se così fosse si tratterebbe di un giudizio di certezza. Questo potere, rimesso alla libera valutazione

⁴⁸⁵ P. MOSCARINI, “Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale, cit., 304.

⁴⁸⁶ G. GIANZI, “Contumacia (*dir. proc. pen.*)”, Enciclopedia del diritto, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 445.

⁴⁸⁷ G. GIANZI, *loc. cit.*

del giudice, è sottratto a discussioni ed impugnazioni successive per l'assenza di elementi di controllo"⁴⁸⁸. L'inoppugnabilità costituisce dunque il contrappeso del *surplus* di tutela derivante dalla disposizione in esame. Pertanto, tali considerazioni di carattere sistematico, unite al dato letterale della disposizione in esame, assolutamente inequivocabile sotto questo profilo, inducono a propendere per la tesi dell'assoluta insindacabilità della valutazione probabilistica del giudice dell'udienza preliminare; tesi per altro, già a suo tempo sostenuta rispetto al previgente art. 485 c.p.p.⁴⁸⁹.

Prima di concludere l'esame dell'art. 420 *bis* c.p.p., occorre ricordare che affinché il giudice debba disporre la rinnovazione dell'avviso, l'ignoranza non deve derivare da fatto imputabile all'interessato. Tale potrebbe essere, per esempio, l'omessa comunicazione del mutamento d'indirizzo. D'altra parte, la Cassazione, rispetto al previgente art. 485 c.p.p., ritenne che in caso di notificazione a mezzo posta, una volta compiuto il periodo di giacenza e restituito il plico all'ufficio postale competente, il giudice non era obbligato a disporre automaticamente la rinnovazione della citazione, non conosciuta dall'imputato a causa dell'allontanamento dal suo domicilio, nella specie, durante il periodo estivo, essendo necessaria "la collaborazione del destinatario, il quale potrebbe avere interesse a non ritirare l'atto presso l'ufficio postale al fine di evitare il suo

⁴⁸⁸ F.P.C. IOVINO, *op. cit.*, 320.

⁴⁸⁹ F. PLOTINO, *Il dibattito nel nuovo c.p.p.*, cit., 60.

perfezionamento”. La Corte quindi, ravvisò “un comportamento negligente dell’imputato, per non aver organizzato un sistema di conoscenza tempestiva della posta”, pur potendo egli provvedere in tal senso⁴⁹⁰.

Un’ulteriore eccezione alla regola dettata dall’art. 420 *bis* comma 1 c.p.p., è costituita dall’ipotesi di notificazione all’imputato mediante consegna al difensore, nel caso d’irreperibilità (art. 159 c.p.p.), quando la notifica presso il domicilio dichiarato od eletto è divenuta impossibile (art. 161 comma 4 c.p.p.) ovvero nel caso di notifica all’imputato all’estero (art. 169 c.p.p.). In tal caso, l’esclusione della rinnovazione dell’avviso si giustifica “in considerazione della particolare posizione, anche di responsabilità, riconosciuta al difensore”⁴⁹¹.

Occorre poi accennare brevemente ad un’ultima questione. In dottrina si è affermato che il legislatore non impone all’imputato ed al suo difensore un onere di probatorio in ordine alla mancata conoscenza, ma semplicemente un onere di allegazione delle circostanze da cui tale mancata conoscenza può essere desunta⁴⁹². La tesi è però contestata da altri che esclude l’onere sia di prova che di allegazione, evidenziando un tale onere presupporrebbe pur sempre la conoscenza dell’udienza⁴⁹³. Affermazione quest’ultima che a prima vista potrebbe sembrare ovvia, ma che lascia qualche perplessità. In effetti, sembra francamente rischioso

⁴⁹⁰ Cassazione penale, sez. VI, 29 settembre 1997, n. 9716, in *Cass. pen.*, 1999, 576.

⁴⁹¹ F.P.C. IOVINO, *op. cit.*, 318.

⁴⁹² G. GIANZI, “*Contumacia (dir. proc. pen.)*”, *cit.*, 445.

⁴⁹³ P. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, 302.

affidarsi ad un sistema in cui la tutela del diritto dell'imputato di essere presente nel processo resta affidata solo al giudice, il quale potrebbe anche non cogliere *ex actis* i presupposti che giustificano la rinnovazione dell'avviso.

Si può provare ad indicare una via d'uscita. A ben vedere, oggetto della disposizione in esame non è la comparizione o meno in udienza dell'imputato, ipotesi questa contemplata dal successivo art. 420 *ter* c.p.p. La norma in esame si occupa di un altro aspetto, ossia la conoscenza dell'avviso. Ora, l'imputato che è avvisato dell'udienza preliminare può presentarsi con il suo difensore, conoscendo l'avviso, non solo in quanto esistente, ma anche nel suo contenuto. Ma, facendo riferimento ad una delle ipotesi prima richiamate, si supponga che l'avviso venga notificato ad un terzo, e che poi il documento che lo reca vada distrutto o smarrito, prima che l'imputato possa prenderne visione. Si può in questo caso dire che il destinatario ha conosciuto l'avviso? Certamente, egli potrebbe aver saputo della sua esistenza, ma null'altro. Si potrebbe allora pensare che il terzo, al quale l'atto è stato notificato, riferisca all'imputato la data dell'udienza preliminare o che il difensore acquisisca notizie utili ai fini dell'identificazione della data stessa. Ed in questo caso, chi potrà impedire al difensore ed all'imputato di presentarsi all'udienza preliminare per far rilevare la non conoscenza dell'avviso? Sembra allora più corretto affermare la mancata conoscenza dell'avviso può essere rilevata *anche* d'ufficio.

In merito all'art. 420 *ter* c.p.p., esso, in buona sostanza, riproduce l'art. 486 c.p.p., i cui commi 1 e 2, come anticipato, erano già applicabili in sede di udienza preliminare, grazie al rinvio ad essi operato dall'originario art. 420 comma 4 c.p.p. Nella specie, si prevede che “quando l'imputato, anche se detenuto, non si presenta all'udienza e risulta che l'assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, il giudice, con ordinanza, anche d'ufficio, rinvia ad una nuova udienza e dispone che sia rinnovato l'avviso all'imputato, a norma dell'art. 419 comma 1 (comma 1). Con le medesime modalità di cui al comma 1 il giudice provvede quando appare probabile che l'assenza dell'imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore. Tale probabilità è liberamente valutata dal giudice e non può formare oggetto di discussione né motivo d'impugnazione”(comma 2).

Il problema fondamentale posto da questi due primi commi, è quello dell'individuazione dei concetti di “caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento”. A tal fine:

- a) per *caso fortuito* s'intende un evento impeditivo non previsto né prevedibile dall'imputato;
- b) per *forza maggiore* s'intende un'energia causale non resistibile⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ La giurisprudenza, sia pure in altro contesto, si è espressa in termini sostanzialmente analoghi, quando ha definito il caso fortuito “un fatto esterno, imprevisto ed impensabile, che impedisce il compimento dell'atto processuale o ne frustra il risultato” e la forza maggiore “una forza impeditiva non altrimenti vincibile” (Cassazione penale, sez. I, 9 novembre 1995, n. 5645, in *Cass. pen.*, 1997, 2203).

Entrambe, quindi, si caratterizzano per l'inevitabilità, ma il caso fortuito si contraddistingue per l'imprevedibilità a fronte dell'irresistibilità che informa la forza maggiore⁴⁹⁵. Si è infatti affermato che “l'ipotesi in cui un avvenimento ostativo, pur configurandosi in astratto come superabile, non lo sia in concreto, per il modo imprevedibile del suo realizzarsi, appare diversa da quella in cui un evento del genere suddetto sia prevedibile ma non evitabile, in quanto posto fuori delle energie e dei mezzi umani”⁴⁹⁶.

Il *legittimo impedimento* è invece definito come “impossibilità di comparire dovuta ad una causa non di carattere fisico ma ad un interesse o ad un'esigenza moralmente, giuridicamente o socialmente meritevole di considerazione e di tutela”; così, per esempio, la necessità di assistere un familiare morente o lo svolgimento, nello stesso giorno dell'udienza, di un concorso pubblico al quale l'imputato deve partecipare⁴⁹⁷.

La distinzione assume un valore che va al di là del profilo meramente definitorio, perché, mentre il comma 1 dell'art. 420 *ter* c.p.p. fa riferimento a tutte e tre le ipotesi, il comma 2 del medesimo articolo contempla solo il caso fortuito e la forza maggiore, limitando ad esse la possibilità della valutazione probabilistica.

⁴⁹⁵ A. PECORARO ALBANI, “*Caso fortuito (dir. pen.)*”, Enciclopedia del diritto, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 401.

⁴⁹⁶ P. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, cit., 292.

⁴⁹⁷ F. PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo c.p.p.*, cit., 61.

Ciò ha fatto ritenere in giurisprudenza che, attesa l'impossibilità di prendere in considerazione la sola probabilità del legittimo impedimento, "incombe all'imputato l'onere di offrire la prova piena dell'impedimento che non consente la presenza in udienza"⁴⁹⁸. Tuttavia, la tesi, come rilevato in dottrina, sembra non condivisibile, posto che il codice utilizza, nel primo comma, per il legittimo impedimento, ma anche per il caso fortuito o per la forza maggiore, la locuzione *risulta*, che chiaramente sottintende un'attivazione d'ufficio del giudice. Il problema consiste però nel verificare se il giudice debba semplicemente limitarsi a rilevare *ex actis* o, naturalmente, a seguito delle allegazioni difensive, l'esistenza dell'assoluto impedimento a comparire o debba invece compiere un accertamento sull'esistenza dello stesso, qualora si ritenga non raggiunta in proposito la prova. In tale ultimo senso si è espressa la dottrina⁴⁹⁹, mentre in giurisprudenza si è affermato che "il giudice di merito non ha alcun obbligo di disporre accertamenti per verificare l'impedimento a comparire al dibattimento, purché dia ragione del

⁴⁹⁸ Cassazione penale, sez. V, 24 settembre 1997, n. 11667, in *Giust. pen.*, 1998, II, 399. Nella specie, la Corte ha ritenuto non adempiuto l'obbligo incombente sull'imputato, essendosi questi limitato a richiedere che fosse il giudice di merito, al quale aveva rivolto l'istanza, poi non accolta, di rinvio dell'udienza, ad attivarsi perché accertasse la ricorrenza delle condizioni legittimanti il rinvio.

⁴⁹⁹ P. MOSCARINI, "Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale", cit., 312.

suo convincimento di non absolutezza dell'impedimento con congrua motivazione"⁵⁰⁰.

Il comma 3 dell'art. 420 *ter* c.p.p. prevede che quando l'imputato, anche se detenuto, non si presenta alle successive udienze e ricorrono le condizioni previste dal comma 1, il giudice rinvia anche d'ufficio l'udienza, fissa con ordinanza la data della nuova udienza e ne dispone la notificazione all'imputato. Anche in questo caso è stato riprodotto quanto già previsto dall'art. 486 c.p.p., ovvianti al comma

⁵⁰⁰ Cassazione penale, sez. VI, 21 settembre 1998, n. 11060, in *Riv. pen.*, 1999, 768. Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. V, 13 luglio 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 261; Cassazione penale, sez. I, 22 settembre 1997, n. 405, in *Cass. pen.*, 1999, 1836, ove si è affermato che "il giudice, nel valutare, a norma dell'art. 486 comma 1 e 192 c.p.p. e secondo il proprio libero convincimento, la prova dell'assoluto impedimento a comparire, ben può disattendere la prognosi contenuta in un certificato medico senza ricorrere a nuovi accertamenti ed avvalendosi di comuni regole di esperienza e di conoscenze mediche di base, specie se si considera, tra l'altro, che la legge richiede l'assoluta impossibilità a comparire e che la prognosi di una malattia è pur sempre un giudizio fondato sulla probabilità e non sulla certezza". In altra occasione, tuttavia, la Cassazione, dopo aver riconosciuto che il giudice di merito, una volta venuto a conoscenza della probabile esistenza di un impedimento dirimente, è tenuto ad accertarlo (Cassazione penale, sez. I, 11 ottobre 1997), ha limitato la discrezionalità del giudice nel valutare l'efficacia impeditiva di un fattore patologico – nel caso di specie, si trattava di un intervento chirurgico ritenuto non necessario – considerata la "preminenza del diritto, assoluto e personale, alla salute, che l'art. 32 Cost. riconosce tra quelli fondamentali dell'individuo" (Cassazione penale, sez. III, 14 dicembre 2000, in *Diritto & Giustizia*, 47/2000, 75).

Mette conto, per altro, fare una precisazione. Tale ultimo orientamento giurisprudenziale espressamente considera la malattia come ipotesi ostativa da ricondurre nell'ambito della fattispecie "altro legittimo impedimento". Se però si ha riguardo alle definizioni elaborate in dottrina, la malattia dovrebbe essere considerata come un'ipotesi di forza maggiore. In effetti, anche chi non condivide la distinzione tra caso fortuito e forza maggiore - ridotta ad una "endiadi" (secondo la locuzione utilizzata da F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, Torino, 1992, 589) - in quanto i due termini esprimerebbero un medesimo concetto, comprende nell'ambito della categoria unitaria ogni "impedimento fisico dovuto ad un evento imprevedibile od inevitabile", tra cui appunto la malattia (F. PLOTINO, *Il dibattito nel nuovo c.p.p.*, cit., 61). La questione ha una rilevanza superiore a quel che a prima vista potrebbe sembrare, perché, come visto, mentre il caso fortuito e la forza maggiore sono suscettibili di una valutazione probabilistica, essendo quindi richiesto un minor rigore probatorio, ciò non accade per il legittimo impedimento. Sarebbe quindi bastata questa semplice considerazione per mettere in discussione l'orientamento giurisprudenziale *de quo*, quando si afferma che "la prognosi di una malattia è pur sempre un giudizio fondato sulla probabilità e non sulla certezza". In realtà, proprio in quanto tale, essa sarebbe stata più che sufficiente per disporre il rinvio dell'udienza. In dottrina, invece, per quanto condivisibilmente, ci si è limitati ad affermare che "non sembra che il giudice possa sindacare un certificato medico, trattandosi di materia richiedente specifica competenza scientifica, tale, quindi, da escludere il ricorso alla scienza privata ed esigere attività peritale" (P. MOSCARINI, *op. cit.*, 314).

3., per altro in origine non applicabile in udienza preliminare, perché non richiamato dall'art. 420 comma 4 c.p.p., verosimilmente perché si era pensato che l'udienza preliminare, ordinariamente, si sarebbe dovuta concludere in una sola udienza. Si è così posto rimedio alle obiezioni a suo tempo sollevate.

In dottrina, però, è stato avanzato un rilievo. Si è osservato, infatti, che il combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 420 *ter* c.p.p., presenta un'imperfetta formulazione che in precedenza non si riscontrava nell'art. 486 c.p.p. In effetti, il comma 1 di tale ultima disposizione faceva riferimento all'impedimento a comparire dell'imputato alla *prima* udienza, mentre il comma 3 si occupava della medesima situazione verificatasi però alle udienze *successive*. Nel nuovo art. 420 *ter* c.p.p., invece, il comma 1 non parla più di "prima udienza", ma più genericamente di "udienza"⁵⁰¹. Sembra però trattarsi semplicemente di un difetto di coordinamento, quasi che il legislatore si sia fatto condizionare da quell'idea che si può pensare era alla base della formulazione iniziale dell'art. 420 comma 4 c.p.p.; un'idea che ormai non è più un ostacolo, una volta disciplinato espressamente in sede di udienza preliminare l'impedimento dell'imputato a comparire all'udienza successiva alla prima. Del resto, in omaggio al pur discusso brocardo *in claris non fit interpretatio*, il tenore letterale della norma non sembra, sotto questo profilo, dare adito ad alcun dubbio interpretativo.

⁵⁰¹ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 83; A. SCALFATI, *L'udienza preliminare: profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 142.

Rilevato poi che il comma 4 dell'art. 420 *ter* c.p.p.⁵⁰² ricalca, ancora una volta, il comma 4 del previgente art. 486 c.p.p., si può senz'altro affermare che la vera e significativa novità della disposizione in commento è rappresentata dal comma 5 (che a sua volta riproduce l'art. 486 comma 5 c.p.p.). Si prevede, infatti, che il giudice rinvia l'udienza “nel caso di assenza del difensore, quando risulta che l'assenza stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, purché prontamente comunicato. Tale disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda uno dei medesimi, ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito”.

Come noto, prima della legge Carotti, con riferimento all'impedimento del difensore a comparire all'udienza, pur non mancando chi sosteneva la possibilità dell'applicazione analogica all'udienza preliminare della disciplina prevista per l'udienza dibattimentale⁵⁰³, come visto, generalmente, almeno in dottrina⁵⁰⁴, pur criticandosi duramente tale sistema, si riconosceva che a fronte dell'eventuale impedimento del difensore, il giudice non aveva altro da fare che nominare il

⁵⁰² La norma testualmente recita: “In ogni caso la lettura dell'ordinanza che fissa la nuova udienza sostituisce la citazione e gli avvisi per tutti coloro che sono o devono considerarsi presenti”.

⁵⁰³ E. RANDAZZO, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze camerali e preliminari*, in *Cass. pen.*, 1990, 2219.

⁵⁰⁴ Diverso era infatti l'atteggiamento della giurisprudenza. Si è già detto della sent. 175/96 della Corte costituzionale. Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità, l'affermazione dell'applicabilità dell'art. 485 comma 4 c.p.p. al solo dibattimento, con espressa esclusione dell'udienza preliminare, si ritrova in Cassazione penale, sez. I, 2 febbraio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2459.

sostituito, concedendogli, eventualmente, un congruo termine per la difesa. Rispetto alla nuova normativa si è invece affermato che essa soddisfa l'esigenza "dell'infungibilità, anche con riferimento all'udienza preliminare, della presenza del difensore che ha seguito la causa fin dalle sue battute iniziali e che conseguentemente appare il più idoneo a prestare un'adeguata assistenza"⁵⁰⁵. Ciò riconosciuto, si ripropone tuttavia la problematica che la disciplina in questione aveva già suscitato con riguardo alla fase dibattimentale.

Una prima questione riguarda la possibilità di estendere la norma riguardante l'assoluta impossibilità a comparire del difensore per legittimo impedimento, anche al caso fortuito ed alla forza maggiore. In proposito, sebbene la lettera della disposizione sembrerebbe militare per la tesi negativa, l'opposta soluzione è pressoché unanimemente accolta in dottrina.

Del resto, la tesi estensiva consente di ridimensionare il rilievo formulato in dottrina circa la supposta imperfetta formulazione della disposizione in commento, per il riferimento congiunto all'assoluta impossibilità ed al legittimo impedimento. Quest'ultimo, infatti, secondo quanto si è osservato, "postula atti fisicamente possibili ma implicanti sacrifici inesigibili, essendo dunque ravvisabile ogni qual volta la partecipazione all'udienza si potrebbe tradurre in un gravissimo nocumento per il soggetto, sebbene una simile situazione non concreti certo un'ipotesi

⁵⁰⁵ P.P. RIVELLO, in AA.VV, *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 379.

d'impossibilità intesa in senso proprio, naturalistico, come impedimento materiale superiore ad ogni possibile sforzo umano"⁵⁰⁶.

Ma, al di là di ciò, la questione veramente fondamentale della normativa *de quo* è quella dell'individuazione delle concrete fattispecie impedienti. Tra queste è annoverata l'ipotesi del concorrente impegno professionale del difensore; ipotesi per altro oggetto nel passato regime di vivaci contrasti giurisprudenziali che hanno portato a soluzioni estremamente diversificate. Tuttavia, l'orientamento

⁵⁰⁶ P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 380.

maggioritario infine maturato, sia pure attraverso successive precisazioni, ha ammesso la possibilità del rinvio per l'ipotesi qui considerata⁵⁰⁷.

Altra possibile ipotesi di impedimento a comparire del difensore è quella del c.d. sciopero degli avvocati; espressione per altro impropria, in quanto, come

⁵⁰⁷ La possibilità del rinvio dell'udienza per incompatibilità con un altro impegno professionale del difensore fu inizialmente esclusa dalla giurisprudenza di legittimità, affermandosi che "lo svolgimento dell'attività giudiziaria non può essere condizionata dalle esigenze professionali dei difensori" (Cassazione penale, sez. II, 15 maggio 1991, in *Giust. pen.*, 1992, III, 24). Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. V, 12 marzo 1992, in *Riv. pen.*, 1992, 944. In senso opposto, Cassazione penale, sez. III, 15 gennaio 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 228. Una soluzione maggiormente equilibrata fu invece quella espressa dalla Corte costituzionale, con la sent. n. 178 del 29 aprile 1991 (in *Giust. pen.*, 1991, I, 254), che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 486 comma 5 c.p.p. "sul presupposto che il difensore abbia la possibilità di reiterare per un numero illimitato di volte la richiesta di rinvio del dibattimento, adducendo impegni professionali assunti altrove, senza che il giudice possa sindacare l'oggetto dell'impegno o l'epoca della sua assunzione in funzione di prefissati e selettivi criteri di priorità". Rimaneva per questa via escluso che il difensore potesse ostacolare l'esercizio della giurisdizione, con manovre dilatorie, potendo il giudice valutare comparativamente gli impegni professionali del difensore, ai fini dell'eventuale accoglimento della richiesta. In senso conforme si pronunciò successivamente la giurisprudenza di legittimità (Cassazione penale, s.u., 27 marzo 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, 104), secondo cui "la scelta di quale procedimento trattare e di quale rinviare non è rimessa all'esclusiva volontà del difensore, spettando al giudice cui è richiesto il rinvio, il potere-dovere di comparare le esigenze difensive e quelle della giurisdizione". Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. V, 29 maggio 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, 526). Successivamente si è anche specificato che "la gravità ed il numero dei reati per cui si procede e la precedenza cronologica delle notificazioni degli avvisi di fissazione delle udienze non possono considerarsi, di per sé, legittimo impedimento del difensore, di cui all'art. 486 comma 5 c.p.p. Non è la precedenza cronologica delle notifiche, assolutamente casuale, o l'astratta gravità dei reati che, nel caso di impegni contemporanei, possono realisticamente orientare l'avvocato sulla priorità da privilegiare, ma piuttosto la necessità dell'assistenza in relazione alla fase processuale o al concreto contenuto della contestazione. Il giudice può sindacare tale scelta e rigettare la richiesta di sospensione o rinvio se vi sono esigenze di buona amministrazione della giustizia (per esempio la prossimità della prescrizione o l'utilità di celebrare contestualmente il dibattimento a carico di più imputati o la reiterazione delle sospensioni o dei rinvii)" (Cassazione penale, sez. VI, 27 gennaio 1995, n. 3605, in *Giust. pen.*, 1995, III, 652; id., Cassazione penale, sez. IV, 18 ottobre 1996, n. 9556, in *Giust. pen.*, 1998, III, 49; Cassazione penale, sez. V, 20 agosto 1998, n. 10304, in *Cass. pen.*, 1999, 1834). Infine, la Cassazione ha affermato che "l'impedimento idoneo a far rinviare il procedimento, quando è motivato dal contemporaneo impegno del difensore presso altra autorità giudiziaria, deve essere, a norma dell'art. 486 comma 5 c.p.p., comunicato al giudice da un lato e, dall'altro, documentato anche con riferimento all'essenzialità e non sostituibilità della presenza del difensore nell'altro processo, per modo che il giudice possa procedere ad un giusto bilanciamento tra l'interesse difensivo e l'interesse pubblico alla pronta trattazione del procedimento" (Cassazione penale, sez. I, 26 maggio 1997, n. 3621, in *Cass. pen.*, 1998, 2630; id., Cassazione penale, sez. I, 24 novembre 1997, n. 227, in *Giust. pen.*, 1999, III, 52; Cassazione penale, sez. V, 9 gennaio 1998, n. 2429, in *Cass. pen.*, 1999, 1500; Cassazione penale, sez. III, 4 marzo 1998, n. 4486, in *Giust. pen.*, 1999, III, 292). Contro la possibilità del rinvio per concomitante impegno professionale, Cassazione penale, sez. I, 7 febbraio 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 1549; Cassazione penale, sez. IV, 9 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 1392.

specificato dalla Corte costituzionale, l'astensione collettiva dall'esercizio delle loro funzioni degli avvocati che "svolgono la loro attività in condizione di indipendenza [...], non si può configurare come esercizio del diritto di sciopero e non ricade sotto la protezione dell'art. 40 Cost. [...]; essa tuttavia si riconduce al *favor libertatis* che ispira la prima parte della Carta costituzionale e costituisce fondamentale criterio di garanzia delle libertà delle formazioni sociali, seppur postulando, nel contempo, la concorrente tutela degli altri valori di rango costituzionale"⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Corte costituzionale, sent. n. 171 del 27 maggio 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 1552. A seguito di tale sentenza, la Cassazione ha affermato che "i limiti di liceità dell'astensione collettiva devono essere ricavati dall'interprete con equilibrato bilanciamento degli opposti valori costituzionali, quello della tutela della libertà di associazione e quello del diritto dell'assistito di ottenere l'immediata definizione del processo al quale è sottoposto. Tale punto di equilibrio va individuato nell'onere gravante sul difensore di comunicare tempestivamente al proprio assistito l'intenzione di aderire all'astensione collettiva in modo da consentirgli di esprimere il proprio dissenso e, se dal caso, di revocare il mandato conferendolo ad altro difensore: pertanto, in mancanza di comunicazione all'assistito della dichiarazione di adesione all'astensione collettiva dalle udienze, è inammissibile l'istanza di rinvio della trattazione del processo presentata dal difensore" (Cassazione penale, sez. I, 20 gennaio 1998, n. 3138, in *Cass. pen.*, 1999, 2232). In altre occasioni, invece, la Corte ha ritenuto sufficiente la tempestiva comunicazione al giudice, non potendosi presumere l'adesione all'astensione sulla base del fatto notorio dell'indizione della stessa da parte dell'associazione di categoria, attesa la libertà dell'associato di aderire o meno (Cassazione penale, sez. I, 29 novembre 1995, n. 856, in *Giust. pen.*, 1996, III, 522; Cassazione penale, sez. IV, 5 aprile 1996, n. 5076., in *Cass. pen.*, 1997, 2746; Cassazione penale, sez. V, 23 maggio 1997, n. 8815, in *Giust. pen.*, 1998, III, 497). Si è però aggiunto che "il giudice è sempre tenuto ad operare un bilanciamento tra l'interesse difensivo e l'interesse pubblico all'immediata trattazione del processo, e deve affermare la prevalenza dell'uno o dell'altro tenendo conto delle situazioni contingenti, quali l'esistenza di imminenti cause estintive, l'esaurimento prossimo dei termini di fase della custodia cautelare e simili". In questi casi, infatti, il giudice deve nominare un difensore d'ufficio e non rinviare l'udienza. (Cassazione penale, sez. II, 3 febbraio 1997, n. 3795, in *Giust. pen.*, 1998, III, 50; Cassazione penale, sez. V, 22 aprile 1998, n. 6023, in *Cass. pen.*, 1999, 1835; Cassazione penale, sez. V, 22 ottobre 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 600). Una parte della giurisprudenza ha poi addirittura escluso che l'astensione collettiva possa configurarsi come legittimo impedimento (Cassazione penale, sez. I, 26 aprile 1996, n. 2446, in *Cass. pen.* 1997, 2747).

La casistica giurisprudenziale ha poi individuato un'ulteriore ipotesi di rinvio dovuto ad impedimento del difensore, ossia quella dell'espletamento di pubbliche funzioni presso gli uffici elettorali, ivi comprese quelle di rappresentante di lista⁵⁰⁹.

Rispetto all'attuale disciplina dell'art. 420 *ter* comma 5 c.p.p., per un verso, si è rilevata la discutibilità del requisito della pronta comunicazione, che non sempre può essere soddisfatto, con conseguente pregiudizio del diritto dell'imputato di essere assistito dal suo difensore di fiducia, per l'impossibilità, in questo caso, di disporre il rinvio dell'udienza; per altro verso, si è criticata la soluzione, per la verità già prevista in passato per il dibattimento, che non consente il rinvio dell'udienza quando l'impedimento riguardi uno solo dei due difensori da cui l'imputato sia eventualmente assistito. Si è infatti affermato che “se la legge riconosce il diritto alla contestuale presenza di due difensori, la deroga che assicura la presenza di uno solo di essi, suscita dubbi di conformità agli artt. 24 comma 2 e 111 Cost.”⁵¹⁰.

Occorre poi aggiungere che la disposizione in esame, espressamente esclude il rinvio dell'udienza oltre che quando il difensore impedito ha nominato un sostituto, anche quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del patrocinante da lui designato. Naturalmente, l'eventuale dichiarazione dell'imputato in tal senso, non

⁵⁰⁹ Cassazione penale, sez. I, 9 dicembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994. 1262.

⁵¹⁰ L. FILIPPI, “*Impedimento a comparire dell'imputato e del difensore*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, cit., 192. id., “*La contumacia, l'assenza e l'allontanamento dell'imputato e l'impedimento del difensore nell'udienza preliminare*”, cit., 383.

implica la rinuncia alla difesa tecnica, ma esprime solo la rinuncia al difensore di fiducia, che dovrà in ogni caso essere sostituito con un difensore d'ufficio.

Infine, è utile ricordare che in forza dell'art. 304 comma 4 c.p.p., così come modificato dall'art. 15 della l. 332/95, i termini della custodia cautelare sono sospesi oltre che in dibattimento, anche nell'udienza preliminare, in caso di rinvio per impedimento dell'imputato o del suo difensore, ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore o in caso di mancata presentazione, allontanamento o mancata partecipazione di uno o più difensori che rendano privo di assistenza uno o più imputati. Nelle stesse ipotesi rimane sospeso anche il corso della prescrizione *ex art. 159 c.p.*, anch'esso in tal senso modificato dalla l. 332/95⁵¹¹.

Cassazione penale, sez. I, 24 giugno 1997, n. 4303, in *Cass. pen.*, 1998, 2629.

⁵¹¹ In giurisprudenza, in riferimento ad una fattispecie di differimento del dibattimento a causa dell'astensione dalle udienze proclamata dagli avvocati, si è però precisato che se è vero che "l'art. 159 c.p., come modificato dall'art. 15 l. 8 agosto 1995 n. 332, ha trasformato le cause di sospensione dei termini di custodia cautelare in altrettante cause di sospensione della prescrizione dei reati, [...], questa tuttavia resta sospesa la dove esista effettivamente un provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia, e non già nell'astratta ipotesi di ricorrenza di talune delle ipotesi previste dall'art. 304 c.p.p., anche indipendentemente da un provvedimento di sospensione" (Cassazione penale, sez. I, 6 novembre 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 599). Ed ancora, "il rinvio dell'udienza dovuto a legittimo impedimento del difensore (ivi compreso quello determinato dall'adesione di quest'ultimo ad astensione collettiva delle udienze) non comporta, quando non incida sulla sospensione dei termini di custodia cautelare (perché non è stato adottato lo specifico provvedimento previsto dall'art. 304 comma 1 lett. a) c.p.p., la sospensione del corso della prescrizione, ai sensi dell'art. 159 comma 1 c.p." (Cassazione penale, sez. IV, 26 gennaio 1999, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 153). Infine "il differimento dell'udienza dibattimentale dovuto ad astensione conseguente a deliberazione assunta dagli organi rappresentativi degli avvocati o di altro impedimento del difensore non determina la sospensione del corso della prescrizione se non nei casi in cui, essendo stata applicata una misura cautelare personale, siano sospesi i termini di durata della custodia cautelare a norma dell'art. 304 comma 1 lett. b) c.p.p. Qualora i termini di prescrizione siano prossimi a maturare è invece legittima la nomina di un difensore d'ufficio, sussistendo in tal caso un motivo d'urgenza ostativo del differimento dell'udienza" (Cassazione penale, sez. V, 22 ottobre 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 600).

E. ora necessario passiamo all'esame delle altre disposizioni introdotte dalla legge Carotti con riguardo a questa fase.

Gli artt. 420 *quater* e 420 *quinquies* c.p.p., a parte talune differenze terminologiche dovute alla differente *sedes materiae*, ricalcando in buona parte i previgenti artt. 487 e 488 c.p.p., disciplinano, rispettivamente, la contumacia dell'imputato nonché l'assenza e l'allontanamento volontario del medesimo. Si è già detto che l'art. 39 della l. 479/99 oltre ad abrogare gli artt. 485 – 488 c.p.p., ha inserito nell'art. 484 c.p.p. un comma 2 *bis*, il quale richiama gli artt. 420 *bis* – 420 *quinquies*, applicabili anche alla fase dibattimentale, in quanto compatibili. In dottrina si è rilevato che “la tecnica legislativa lascia piuttosto a desiderare, giacché sarebbe stato preferibile mantenere la disciplina *de qua* per il dibattimento, che è la fase centrale del processo, e, semmai, disporre l'applicazione all'udienza preliminare. Ma, evidentemente, il legislatore ha preferito affermare con perentorietà l'operatività delle nuove disposizioni nell'udienza preliminare, temendo interpretazioni abrogatrici basate su un'asserita incompatibilità con l'udienza preliminare”⁵¹².

Ma a questo punto, non ci si può non porre una domanda: perché il legislatore ha voluto affermare con tanta forza l'applicabilità anche all'udienza preliminare di una disciplina in buona parte originariamente concepita come limitata alla sola fase

⁵¹² L. FILIPPI, “*La contumacia e l'assenza dell'imputato nell'udienza preliminare*”, cit., 332 s. *Ibidem*, si è aggiunto che nel rapporto udienza preliminare – dibattimento, “la conseguenza paradossale è che la prima è più garantita del secondo, pur essendo notoriamente quest'ultimo il momento centrale del processo”.

dibattimentale? L'individuazione della risposta a questo quesito passa attraverso l'enucleazione di una duplice *ratio*.

In primo luogo, pare difficilmente contestabile che quella che è stata definita un'operazione di "ortopedia legislativa"⁵¹³ ed un "*escamotage* sistematico"⁵¹⁴, che realizza una sorta di traslazione verso l'udienza preliminare della disciplina degli atti introduttivi del giudizio, rappresenta il residuo dell'originario disegno normativo diretto a delineare una fase predibattimentale in cui anticipare ogni accertamento relativo alla costituzione delle parti. Un'affermazione, questa, che lo studio dei lavori preparatori, a suo tempo compiuto, rende assolutamente palese e che la stessa dottrina, già nel corso dell'*iter* parlamentare non ha mancato di condividere⁵¹⁵.

A questo profilo, tuttavia, se ne aggiunge uno ulteriore. Ed in effetti, se quello appena visto è per così dire il retroterra della normativa *de quo*, occorre però individuarne la giustificazione nel quadro complessivo della disciplina dell'udienza preliminare, così come attualmente delineata dal codice di procedura penale. In effetti, la nuova regolamentazione tende ad ampliare le garanzie partecipative e difensive, attraverso una minuziosa disciplina che potenzia i meccanismi diretti ad assicurare la presenza dell'imputato e del suo difensore e tutela i diritti

⁵¹³ P.P. RIVELLO, in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 382.

⁵¹⁴ P. MOSCARINI, "*Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*", cit., 293.

⁵¹⁵ *Retro*, nota 415.

dell'imputato eventualmente non comparso o allontanatosi in udienza preliminare. Tuttavia, l'innovazione non è fine a sé stessa, né, nella logica della riforma, sembra essere motivata da uno slancio garantista del legislatore, ma pare invece trovare la sua più razionale giustificazione nella nuova veste dell'udienza preliminare. Si è infatti affermato che la maggior tutela dell'imputato, in sede di udienza preliminare, sembra dover essere ricondotto "al complessivo incremento del tasso d'istruttoria della medesima fase conseguente alla novella stessa"⁵¹⁶.

Con specifico riferimento, poi, alla disciplina della contumacia, si è detto che "a sostegno della soluzione accolta nella legge, ha forse militato l'intento di tener conto dell'incrementata possibilità – emergente dall'attuale disposto dell'art. 422 c.p.p. - di acquisizione nel corso dell'udienza preliminare di elementi destinati, in caso di mancata pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere, a pesare sulla fase dibattimentale, attraverso successivi travasi, ed in relazione ai quali appare opportuno tutelare nella sua pienezza la posizione dell'imputato"⁵¹⁷. Altri, però, pur prendendo atto di tale significativa giustificazione, rileva che il sistema delineato dal legislatore finisce per determinare un consistente appesantimento procedurale, sia rispetto alla fase preliminare, che perde la sua natura originariamente voluta dal legislatore, di segmento processuale ispirato a criteri di rapidità e snellezza, sia

⁵¹⁶ P. MOSCARINI, *op. cit.*, 296. Anche, G. PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al gup il codice retrocede allo schema inquisitorio*, cit., 60.

⁵¹⁷ P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 382.

rispetto al sistema processuale nel suo complesso, in quanto, la novella “non attenua il rigore dei correlativi accertamenti in fase dibattimentale”⁵¹⁸.

Azzardata, invece, appare un'altra affermazione che pure si è fatta in dottrina, e cioè che “quella del procedimento contumaciale è solo una pseudogaranzia, dal momento che nulla cambia rispetto al passato”⁵¹⁹, essendo già previsto, prima della legge Carotti, il rinvio dell'udienza per la mancata conoscenza della stessa o impossibilità a comparire dell'imputato. In verità, tale osservazione sembra confondere due diversi aspetti.

In effetti, una cosa è la questione dell'effettiva portata garantistica dell'istituto della contumacia, valutata sia rispetto ai principi del giusto processo, sia in una prospettiva comparatistica. Sotto questo profilo, infatti, giustamente si mette in evidenza che “storicamente l'istituto della contumacia si presenta estraneo al processo accusatorio”, nell'ambito del quale, sia pure attraverso moduli variabili, si tende a considerare essenziale per il giudizio la presenza dell'imputato, che diventa per quest'ultimo un vero e proprio obbligo, mentre in Italia la contumacia è considerata un modo di esercizio del diritto di difesa, attraverso una disciplina che tuttavia travalica i limiti consentiti dalle istanze internazionali.

⁵¹⁸ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2823.

⁵¹⁹ L. FILIPPI, “*La contumacia, l'assenza e l'allontanamento dell'imputato e l'impedimento del difensore nell'udienza preliminare*”, cit., 328; id., “*Istanze riformistiche e approdi inquisitori*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, cit., 189.

Altra questione, invece, è quella dell'obiettiva estensione del procedimento contumaciale ad una fase per la quale esso non era originariamente previsto, del che non si può non prendere atto.

Per quanto concerne il sistema previgente, *ex art. 429 comma 4 c.p.p.*, si prevedeva che “il decreto [che dispone il giudizio] è notificato alla persona offesa ed all'imputato che non erano presenti all'udienza preliminare almeno venti giorni prima della data fissata per il giudizio”; disposizione questa da mettere in correlazione con quella dell'art. 424 comma 2 c.p.p., secondo cui “il giudice da immediata lettura del provvedimento. La lettura equivale a notificazione per le parti presenti”.

Sotto questo profilo, la legge Carotti realizzava un'inopinata involuzione. Infatti, l'art. 24, nel riformulare l'art. 429 comma 4 c.p.p., aveva pesantemente influito sui diritti delle parti non presentatesi all'udienza preliminare, in quanto, si prevedeva che il decreto che dispone il giudizio non doveva più essere notificato alla persona offesa o all'imputato non presente o allontanatosi volontariamente. Soltanto l'imputato ritualmente dichiarato contumace aveva diritto alla notifica, ma comunque, senza il termine a comparire di venti giorni. Tale innovazione, evidentemente ritenuta iniqua, ha indotto il legislatore, con la citata legge 144/2000 (art. 2 *septies*), a riformare la legge Carotti, attraverso la riformulazione dell'art. 429 comma 4 c.p.p., stabilendo che “il decreto è notificato all'imputato contumace nonché all'imputato ed alla persona offesa comunque non presenti alla lettura del

provvedimento di cui al comma 1 dell'art. 424 c.p.p. almeno venti giorni prima della data fissata per il giudizio"⁵²⁰.

Scendendo nel merito della disciplina *de quo*, il comma 1 dell'art. 420 *quater* stabilisce che “se l'imputato, libero o detenuto, non compare all'udienza e non ricorrono le condizioni indicate negli articoli 420 comma 2, 420 *bis* e 420 *ter* commi 1 e 2, il giudice, sentite le parti, ne dichiara la contumacia”. Se ne ricava, dunque, che presupposti per la dichiarazione di contumacia sono:

- a) la ritualità della notifica dell'avviso dell'udienza preliminare;
- b) la verifica sull'eventuale provata o probabile mancata conoscenza dell'udienza da parte dell'imputato;
- c) l'esclusione di una provata o probabile impossibilità a comparire dell'imputato.

Il giudice dichiara la contumacia con ordinanza, *sentite le parti*. S'instaura quindi un contraddittorio, avente ad oggetto l'eventuale esistenza di elementi che impediscono di dichiarare legittimamente la contumacia e che invece impongono, per esempio, di rinnovare un atto nullo e/o di rinviare l'udienza. L'omessa audizione delle parti, prima della dichiarazione di contumacia, determina una nullità a regime intermedio, *ex art. 178 lett. b) e c) c.p.p.*, da dedurre entro i termini

⁵²⁰ Si può per altro osservare che, singolarmente, la disposizione risulta in tal modo del tutto identica a quella dell'art. 27 del d.d.l. 3807 B, approvato dal Senato il 6 ottobre 1999, poi invece modificato dalla Camera con l'approvazione del 16 novembre 1999.

di cui agli artt. 180 e 182 c.p.p.⁵²¹. In dottrina si è per altro precisato che la nullità a regime intermedio si verificherebbe solo quando la mancata audizione (o addirittura la mancata presenza) riguardi il magistrato del pubblico ministero e le parti private diverse dall'imputato, mentre si tratterebbe di nullità assoluta quando essa riguardi il difensore dell'imputato, attesa la sua esclusione da una procedura per la quale la sua presenza è obbligatoria, ex artt. 179 comma 1 e 420 comma 1 c.p.p.⁵²².

In ogni caso, come giustamente osservato in dottrina, proprio perché il legislatore prescrive che il giudice dichiara la contumacia *sentite le parti*, “per l'esatto adempimento di tale obbligo, occorre che risulti regolarmente costituito l'ufficio di difesa e che quindi non sussista un legittimo impedimento a comparire del difensore”⁵²³. Ne deriva, ai fini della dichiarazione di contumacia,

⁵²¹ Cassazione penale, sez. II, 4 agosto 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 2934; Cassazione penale, sez. III, 7 maggio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2884.

⁵²² P. MOSCARINI, “*Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*”, cit., 331. Diversa, invece, la posizione della giurisprudenza, che non contempla il riferimento alla nullità assoluta. Si è così affermato che “nel caso in cui il dibattimento sia rinviato a causa dell'astensione del difensore d'ufficio dell'imputato allo sciopero della categoria, tale attività di rinvio del dibattimento *de plano* deve assolutamente precedere la dichiarazione di contumacia dell'imputato, sulla quale il difensore deve poter interloquire [...]. Pertanto, l'illegittima dichiarazione di contumacia dell'imputato in assenza del difensore è nulla ai sensi dell'art. 178 lett. c) [...]” (Cassazione penale, sez. III, 25 giugno 1997, n. 8915, in *Giust. pen.*, 1998, III, 582). Diversa soluzione la giurisprudenza ha espresso per un'altra fattispecie. Si è detto, infatti, che “l'assenza del difensore di fiducia in dibattimento per altro impegno professionale in una diversa sede giudiziaria [...] impone al giudice del processo di cui si chiede il rinvio di effettuare sempre e comunque il bilanciamento tra l'interesse difensivo e l'interesse pubblico all'immediata trattazione del procedimento. L'omessa valutazione dell'istanza rende configurabile in tal caso un'ipotesi di nullità assoluta ed insanabile del procedimento per violazione del diritto di difesa [...] a nulla rilevando la presenza e l'assistenza di un difensore d'ufficio”, nominato dal giudice, in luogo del rinvio dell'udienza. (Cassazione penale, sez. I, 28 aprile 1997, n. 5386, in *Giust. pen.*, 1998, III, 224).

⁵²³ G. GIANZI, “*Contumacia*”, cit., 447.

l'individuazione di un ulteriore presupposto, che il giudice accerta in sede di verifica della regolare costituzione delle parti.

Diversa questione è invece quella che riguarda la necessità o meno della di una dichiarazione formale della contumacia. In proposito, con riguardo alla fase dibattimentale, sotto il previgente regime si è affermato che “l’omissione della dichiarazione di contumacia, non è causa di nullità della sentenza, in quanto non prevista dall’ordinamento, e non può ricomprendersi nell’ambito delle nullità di ordine generale, perché non comporta alcun effetto pregiudizievole ai fini dell’intervento e dell’assistenza dell’imputato”⁵²⁴, “sicché non possono negarsi a quest’ultimo quei diritti processuali generati dalla situazione di contumacia, quantunque non ritualmente dichiarata”⁵²⁵. Tale ultimo orientamento, in giurisprudenza assolutamente maggioritario, non è però condiviso dalla dottrina, la quale mette in evidenza che l’omissione della formale dichiarazione di contumacia fa venir meno l’accertamento del presupposto di fatto del procedimento *de quo*, vale a dire “l’assenza di un impedimento idoneo a giustificare la mancata comparizione dell’imputato”⁵²⁶; d’altra parte, risulterebbe pregiudicato anche il

⁵²⁴ Cassazione penale, sez. V, 20 novembre 1997, n. 1444, in *Cass. pen.*, 1999, 1169.

⁵²⁵ Cassazione penale, sez. III, 21 febbraio 1997, n. 746, in *Cass. pen.*, 1998, 1387. In un’altra sentenza si è aggiunto che “il sistema delle garanzie delineato dal codice, non si conforma a criteri di mera formalità espressiva, ma a quelli del rispetto delle forme funzionali alla tutela delle varie espressioni del diritto di difesa. Ciò che conta è che il giudice abbia concretamente valutato, offrendone adeguata motivazione, l’assenza di un impedimento idoneo a giustificare la mancata comparizione dell’imputato e che abbia manifestato la decisione di procedere oltre nel dibattimento” (Cassazione penale, sez. VI, 16 dicembre 1997, in *Cass. pen.*, 1999, 2884).

⁵²⁶ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 93.

successivo controllo sulla legittimità della dichiarazione di contumacia, quel controllo che invece il legislatore vuole favorire, grazie al disposto dell'art. 420 *quater* comma 7 c.p.p.⁵²⁷, già nella fase dibattimentale rispetto all'operato del giudice dell'udienza preliminare. Ne deriva pertanto, secondo quanto si ritiene, la nullità *ex artt.* 178 lett. *c)* e 180 c.p.p.

Il comma 2 dell'art. 420 *quater* c.p.p. stabilisce che “l'imputato, quando si procede in sua contumacia, è rappresentato dal suo difensore”. Il linguaggio utilizzato dal legislatore, che riproduce fedelmente il disposto dell'abrogato art. 487 comma 2 c.p.p. ha suscitato perplessità in dottrina. Si è infatti ritenuto improprio il termine rappresentanza, “essendo impossibile ravvisarne una specie, né volontaria (può mancare una specifica dichiarazione dell'imputato diretta a farsi rappresentare) né legale (non c'è una persona incapace). Più in generale, poi, il concetto *de quo* non si attaglia al processo penale, implicante situazioni soggettive estranee alla sfera su cui può influire l'autonomia privata”⁵²⁸.

In verità, tale opinione pare non condivisibile perché condizionata da un falso presupposto, in quanto si assumono a parametro di riferimento dei modelli di rappresentanza propri del diritto civile e processuale civile, mentre, il concetto di rappresentanza dell'imputato ha una funzione rispetto ad essi non omogenea. In effetti, come evidenziato dalla dottrina, già sotto il vigore del codice Rocco, la

⁵²⁷ Si prevede, infatti, che “l'ordinanza dichiarativa della contumacia è allegata al decreto che dispone il giudizio. Nel decreto è in ogni caso indicato se l'imputato è contumace o assente”.

⁵²⁸ P. MOSCARINI, *op. cit.*, 337; in precedenza, *La contumacia dell'imputato*, cit., 355.

rappresentanza nel processo civile “è attribuita in vista dell’incapacità d’agire della parte, in modo da consentirle di stare in giudizio; la rappresentanza dell’imputato si presenta, invece, come una delle forme esplicative del diritto di difesa o comunque, quale strumento finalizzato alla sua realizzazione”⁵²⁹.

Quel che invece è certo, è che, nel caso di specie, non si tratta di una rappresentanza per c.d. piena. Infatti, il difensore non può, in assenza di apposita procura, presentare una richiesta di rito speciale, né può consentire alla contestazione di un fatto nuovo, giacché l’art. 423 comma 2 c.p.p., richiede il consenso dell’imputato. Solo in caso di modifica dell’imputazione *ex art. 423 comma 1 c.p.p.*, il difensore rappresenta l’imputato ai fini della contestazione. In proposito sono tuttavia state espresse perplessità, in quanto, mentre per il dibattimento si stabilisce, all’art. 520 c.p.p., che la contestazione deve essere inserita nel verbale e questo deve essere notificato per estratto all’imputato contumace, questi, rispetto all’udienza preliminare rimane ignaro della modifica dell’imputazione, con conseguente dubbio di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 3, 24 comma 2 e 111 comma 3 Cost.⁵³⁰. Infine, il decreto che dispone il

⁵²⁹ R.E. KOSTORIS, “*Rappresentanza dell’imputato*”, Enciclopedia del diritto, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 519. Anche, *La rappresentanza dell’imputato*, Giuffrè, Milano, 1986, 243, in cui si è affermato che “nel caso di contemporaneo intervento [...] da parte dell’imputato e del suo difensore si versa in un’ipotesi di assistenza; [...] [ove] manchi l’intervento dell’imputato, l’ipotesi dovrebbe integrare un caso di rappresentanza”.

⁵³⁰ A. SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2824; L. FILIPPI, “*La contumacia, l’assenza e l’allontanamento dell’imputato e l’impedimento del difensore nell’udienza preliminare*”, cit., 351.

giudizio deve essere notificato all'imputato rimasto contumace *ex art. 429 comma 4 c.p.p.*

Il comma 3 dell'art 420 *quater* c.p.p. prevede che se l'imputato compare prima che il giudice decida, sciogliendo l'alternativa tra sentenza di non luogo a procedere e decreto che dispone il giudizio, il giudice revoca l'ordinanza che ha dichiarato la contumacia e l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio. Tale disposizione presenta significativi elementi di novità rispetto al previgente art. 487 c.p.p. Non è infatti più contemplata la distinzione tra comparizione prima della decisione, nel qual caso l'imputato poteva solo rendere dichiarazioni spontanee, e comparizione prima dell'inizio della discussione, che attribuiva invece all'imputato anche il diritto di chiedere di essere sottoposto ad esame a norma dell'art. 503 c.p.p. Non essendo quindi più prevista questa distinzione, in qualunque momento l'imputato compaia, purché prima della decisione, le sue facoltà sono le stesse. D'altra parte, non è stata ripetuta nemmeno l'altra disposizione contenuta nell'art. 487 comma 3 c.p.p., in forza della quale l'udienza non poteva essere sospesa o rinviata a causa della comparizione tardiva dell'imputato.

In forza poi del comma 4 della disposizione in esame, l'ordinanza con cui il giudice ha dichiarato la contumacia è nulla “se al momento della pronuncia vi è la prova che l'assenza dell'imputato è dovuta a mancata conoscenza dell'avviso a norma dell'art. 420 *bis* ovvero ad assoluta impossibilità di comparire per caso

fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento”. Infatti, sussistendo già la prova della mancata conoscenza o dell’impedimento a comparire, il giudice dovrebbe non dichiarare la contumacia ma disporre la rinnovazione dell’avviso e rinviare l’udienza. In caso contrario si produce un’ipotesi di nullità assoluta *ex art.* 178 lett. *c)* e 179 c.p.p., per irregolare costituzione del rapporto processuale⁵³¹, verificandosi “una situazione analoga a quella dell’omessa citazione dell’imputato”⁵³² con conseguente nullità di tutti gli atti successivi.

Se, invece, la prova che l’assenza dell’imputato è dovuta a mancata conoscenza incolpevole dell’avviso ovvero ad assoluta impossibilità a comparire perviene prima della decisione, ma dopo la pronuncia dell’ordinanza dichiarativa della contumacia, il giudice deve revocare l’ordinanza medesima e se l’imputato non è comparso, deve disporre il rinvio dell’udienza, anche d’ufficio. Al contrario, se l’imputato è comparso, l’udienza prosegue (art. 420 *quater* comma 5 c.p.p., prima p.te).

Per quanto riguarda gli atti fino a quel punto già compiuti, essi restano validi, ma se l’imputato ne fa richiesta e dimostra che la prova è pervenuta tardivamente senza sua colpa, il giudice dispone l’assunzione o la rinnovazione degli atti che

⁵³¹ In giurisprudenza si è affermato che “ove venga dichiarata la contumacia dell’imputato detenuto che non abbia rinunciato ad intervenire al dibattimento e di cui non sia stata disposta la traduzione nonostante la detenzione risultasse legalmente al giudice (nella specie, dalla relata di notifica del decreto di citazione), il relativo provvedimento e tutti gli atti conseguenti sono viziati da nullità assoluta per irregolare costituzione del rapporto processuale” (Cassazione penale, sez. VI, 24 settembre 1993, in *Mass. pen. cass.*, 1994, 2, 105). Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. I, 3 marzo 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2228.

⁵³² L. FILIPPI, *op. cit.*, 352.

ritiene rilevanti per la decisione (art. 420 *quater* comma 5 c.p.p., seconda p.te)⁵³³. Questa disposizione, che corrisponde a quella dell'art. 487 comma 5 c.p.p., ha suscitato in dottrina legittime critiche e tentativi di fornire un'interpretazione ultronea rispetto al dato letterale. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, sembra chiaro che gli atti compiuti restano validi, salva l'eventuale rinnovazione qualora il giudice ritenga di poterne trarre elementi utili ai fini della decisione. La disposizione, come rilevato nella *Relazione*, risponde all'intento di predisporre "un sistema di adeguate garanzie senza per altro travolgere l'attività pregressa, pur sempre legittimamente compiuta"⁵³⁴. Ciò riconosciuto, risulta del tutto evidente che il principio di conservazione che s'invocava a giustificazione della disposizione in questione, allora riferita alla fase dibattimentale, oggi applicabile all'udienza preliminare, può determinare un grave pregiudizio per l'imputato, che - salva la valutazione discrezionale del giudice - si vede in un certo senso costretto a subire gli atti di una fase processuale alla quale egli non ha potuto partecipare per mancata conoscenza incolpevole o per impossibilità a comparire, senza che egli abbia alcuna responsabilità in ordine al ritardo nella prova di tali circostanze.

Sulla base di questi rilievi, la dottrina propose un'interpretazione dell'art. 487 comma 5 c.p.p. in forza della quale dovevano essere rinnovati "tutti quegli atti ai

⁵³³ In giurisprudenza si è affermato che l'imputato può far pervenire la prova del legittimo impedimento a comparire fino al termine della discussione dibattimentale (Cassazione penale, sez. III, 26 ottobre 1995, n. 289, in *Cass. pen.*, 1997, 3468). *Contra*, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 92.

⁵³⁴ *Relazione*, cit., 116.

quali l'imputato ritiene di avere interesse senza alcuna discrezionalità del giudice in proposito"⁵³⁵. Ne derivava, quindi, in presenza della situazione legittimante, un vero e proprio diritto dell'imputato alla rinnovazione. Una conclusione questa fondata sul richiamo agli artt. 175 comma 1 e 176 comma 1 c.p.p., in forza dei quali, le parti sono restituite nel termine stabilito a pena di decadenza se provano di non averlo potuto osservare per caso fortuito o forza maggiore. In tal caso, il giudice che ha disposto la restituzione provvede, a richiesta di parte ed in quanto sia possibile, alla rinnovazione degli atti ai quali la parte aveva diritto di assistere. Pertanto, almeno nell'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore, atteso che l'effetto della restituzione in termini era quello della totale rinnovazione, salvo il limite della fattibilità, la stessa soluzione doveva essere adottata anche con riguardo alla disciplina dettata dall'art. 487 comma 5 c.p.p.

Se si aderisce a questa tesi, nulla vieta di estenderne le conclusioni anche all'attuale art. 420 *quater* comma 5 c.p.p.

Occorre però aggiungere che la disposizione *de quo*, come del resto il previgente art. 487 c.p.p., discorre oltre che di rinnovazione anche di *assunzione*, con ciò evidentemente riferendosi ad atti di natura probatoria. Ciò vuol dire che la comparizione tardiva dell'imputato, potrebbe portare all'assunzione di nuove prove, ferma restando la regola della valutazione della relativa rilevanza da parte del giudice. Anche sotto questo profilo però, il sistema appare tutt'altro che felice.

⁵³⁵ G. GIANZI, "Contumacia (*dir. proc. pen.*)", cit., 449. Anche, E. FASSONE, "Il giudizio", in AA.VV, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1993, 737 ss.

In effetti, già in riferimento all'art. 487 c.p.p. si era evidenziata l'incongruità della disciplina rispetto all'art. 190 c.p.p., che subordina l'ammissione della prova alla valutazione di non manifesta superfluità o irrilevanza, mentre nel caso in questione si stabiliva una regola più rigorosa, ossia quella della rilevanza ai fini della decisione. Una tale disparità, secondo quanto si riteneva, non poteva trovare giustificazione nel diverso momento, all'interno del dibattimento, nel quale la richiesta di prova era avanzata, "in quanto, la tardività della richiesta è incolpevole, ancorché la prova della giustificazione intervenga successivamente"⁵³⁶.

Una volta trasferita la disciplina della contumacia nel corpo della normativa riguardante l'udienza preliminare, la questione si pone in termini ancora più problematici. Si è infatti osservato che la norma in questione, mutuata dalla disciplina dibattimentale, mal si adatta all'udienza preliminare. Quest'ultima "non è necessariamente un luogo istruttorio; lo diviene solo nei casi in cui [...] sia esperito un incidente probatorio o qualora il giudice – non potendo definirla *ex actis* né ritenendo di indicare ulteriori indagini – disponga, eventualmente d'ufficio, l'assunzione di prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere"⁵³⁷. A queste considerazioni se ne aggiungono altre, attinenti, oltre che alla disomogeneità tra l'art. 420 *quater* comma 5 c.p.p. e l'art 190 c.p.p. (di nuovo), alla difficile convivenza del criterio della rilevanza della

⁵³⁶ G. GIANZI, *op. cit.*, 449. Anche, P. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, cit., 394.

⁵³⁷ P. MOSCARINI, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*", cit., 341 s.

prova – che, si opina, potrebbe essere anche *in malam partem*, tale cioè da portare alla pronuncia del decreto che dispone il giudizio – con l’art. 422 c.p.p., che contempla la regola dell’evidenza della prova da assumere ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Se ne deduce un’ardita interpretazione secondo cui “il giudice, su richiesta del prevenuto, deve ammettere le sole prove rilevanti (anche se non evidentemente decisive) per il non luogo a procedere, con esclusione di ogni suo potere istruttorio officioso al riguardo”⁵³⁸.

Al di là di questi rilievi, mette conto fare una considerazione. Presupposto perché il giudice possa provvedere ai sensi dell’art. 420 *quater* comma 5 c.p.p. seconda p.te, è che l’imputato dimostri che la tardività della prova non è a lui addebitabile. Ma, quando l’imputato non riesca ad adempiere tale onere, la disciplina a quel punto applicabile sarà quella del comma 3 del medesimo articolo, che si riferisce all’ipotesi di comparizione tardiva senza che l’imputato adduca alcun legittimo impedimento. Non è infatti concepibile che l’imputato contumace, che tale era presumibilmente per libera scelta, possa ricevere un trattamento più favorevole di quello riservato all’imputato che, pur contumace, ha tuttavia lamentato un impedimento rispetto al quale egli non è riuscito a dimostrare la non addebitabilità della tardività della prova.

Infine, il comma 6 dell’art. 420 *quater* c.p.p. prevede che “quando si procede a carico di più imputati, si applicano le disposizioni dell’art. 18 comma 1 lett. c) e

⁵³⁸ P. MOSCARINI, *op. cit.*, 342.

d)”. Il giudice può quindi disporre la separazione dei processi, salvo che ritenga la riunione assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti, se uno o più imputati non sono comparsi per nullità dell'avviso o della sua notificazione, per legittimo impedimento o per mancata conoscenza incolpevole dell'avviso stesso, ed ancora, se uno o più difensori di imputati non sono comparsi all'udienza preliminare per mancato avviso o per legittimo impedimento. In questi casi, se il giudice dispone la separazione, il processo continua per gli imputati presenti o che vengono dichiarati contumaci o il cui ufficio di difesa si sia regolarmente costituito, mentre, per gli altri si dovrà provvedere agli adempimenti previsti.

L'art. 420 *quinquies* c.p.p. reca la rubrica “assenza e allontanamento volontario dell'imputato”. L'assenza si ha quando l'imputato, anche se impedito, consente che l'udienza si svolga in sua assenza o, se detenuto, rifiuta di assistervi. In questi casi, l'art. 420 *quinquies* comma 1 c.p.p. esclude l'applicabilità degli artt. 420 *bis* e 420 *ter* c.p.p. In dottrina s'è tuttavia detto che ciò non può significare che in caso di richiesta o di consenso dell'imputato affinché si proceda in sua assenza, non si dovrebbe comunque rinnovare l'avviso dell'udienza preliminare, né avrebbe alcun rilievo l'eventuale impedimento a comparire dell'imputato, perché, in caso di nullità dell'avviso o della sua notificazione, nonostante il consenso o la richiesta o il rifiuto, si dovrebbe comunque disporre la rinnovazione⁵³⁹. Tesi questa certamente condivisibile, perché il legislatore esime il giudice dal controllo sull'effettiva

⁵³⁹ L. FILIPPI, “La contumacia, l'assenza e l'allontanamento dell'imputato e l'impedimento del difensore nell'udienza preliminare”, cit., 358.

conoscenza dell'avviso (art. 420 *bis* c.p.p.) e sull'eventuale impedimento che legittimerebbero un rinvio (art. 420 *ter* c.p.p.), non sulla ritualità dell'avviso (art. 420 comma 2 c.p.p.).

L'imputato assente è rappresentato dal difensore. Anche in tal caso, però, la rappresentanza non è piena. E' escluso, infatti, lo *ius variandi* ex art. 423 comma 2 c.p.p., mentre il decreto che dispone il giudizio deve essere notificato, oltre che all'imputato contumace, anche all'imputato comunque non presente alla lettura del provvedimento, ex art. 429 comma 4 c.p.p. come sostituito dalla l. 144/2000. Ovviamente è preclusa anche la richiesta di procedimento speciale, non fatta dall'imputato personalmente o a mezzo di procuratore speciale.

All'assenza è equiparata la situazione dell'imputato che dopo essere comparso si allontana dall'aula di udienza (art. 420 *quinqüies* comma 2 c.p.p.). Si ritiene tuttavia che sussista una differenza rispetto all'assenza. In effetti, il codice prevede che l'imputato che si allontana dall'aula d'udienza è rappresentato dal difensore ed è considerato presente. Tale ultimo inciso non è invece contemplato per l'assente, così che, mentre per l'imputato che si è allontanato si può applicare analogicamente il disposto dell'art. 477 comma 3 c.p.p., in forza del quale, gli avvisi orali sostituiscono le citazioni e le notificazioni per coloro che sono o debbono considerarsi presenti, ciò non varrebbe per l'imputato assente. Per cui, per

quest'ultimo dovrebbe essere disposta la notifica dell'avviso dell'udienza preliminare eventualmente rinviata⁵⁴⁰.

L'imputato inizialmente assente può naturalmente decidere di comparire tardivamente⁵⁴¹. In tal caso, egli non ha alcun diritto alla rinnovazione di atti già compiuti, ma può chiedere di rendere dichiarazioni spontanee o di essere sottoposto ad interrogatorio.

Ve osservato poi che mentre ai fini del procedimento contumaciale è necessaria la pronuncia di un'apposita ordinanza da parte del giudice, quando l'imputato è considerato assente non è richiesta, a tal fine, l'emissione di una formale ordinanza, essendo invece sufficiente, secondo quanto ha specificato la giurisprudenza in riferimento al previgente regime dibattimentale, l'annotazione dello stato di assenza nel verbale di udienza per certificarne la rilevanza processuale⁵⁴². Inoltre, se normalmente lo stato di assenza si basa su di un'esplicita manifestazione di volontà dell'imputato, si è però ritenuto che il rifiuto potrebbe essere desunto,

⁵⁴⁰ L. FILIPPI, "L'assenza e l'allontanamento volontario dell'imputato dall'udienza preliminare", in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, cit., 195. Per inciso, la medesima soluzione è adottata anche per l'imputato contumace. *Contra* la giurisprudenza: Cassazione penale, sez. V, 20 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2728; Cassazione penale, sez. VI, 11 gennaio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2764; Cassazione penale, sez. III, 8 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 1551; Cassazione penale, sez. VI, 14 gennaio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 2886; Cassazione penale, sez. V, 30 aprile 1998, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 705.

⁵⁴¹ In giurisprudenza si è affermato che "gli effetti della rinuncia a comparire in udienza espressa da soggetto detenuto permangono fino al momento in cui egli revochi il consenso alla celebrazione del dibattimento in sua assenza; sicché, allorquando dichiara di voler nuovamente essere presente in udienza, il giudice deve prenderne atto, disponendo la sua traduzione per consentirgli di essere presente in giudizio. Ne consegue che la omessa traduzione dopo la dichiarazione di revoca della precedente rinuncia viola il suo diritto ad intervenire in giudizio e trova la sua sanzione procedurale negli artt. 178 lett. c) e 179 c.p.p. che per la stessa prescrivono quella della nullità assoluta (Cassazione penale, sez. I, 27 ottobre 1998, in *Giust. pen.*, 1999, III, 599).

⁵⁴² Cassazione penale, sez. I, 9 novembre 1995, n. 5646, in *Cass. pen.*, 1997, 2140.

tacitamente, dal suo comportamento. Sarebbe questo il caso del rifiuto del detenuto di sottoporsi agli adempimenti necessari ai fini della traduzione nell'aula di udienza (per esempio, la perquisizione personale). A costui dovrebbe essere perciò attribuita la qualifica di assente⁵⁴³.

Infine, si deve rilevare che il nuovo art. 420 *quinquies* non contempla più la disposizione originariamente prevista nel comma 3 dell'art. 488 c.p.p., che richiamava l'applicabilità del precedente comma 2, per il caso in cui l'imputato in stato di detenzione fosse evaso nel corso del dibattimento ovvero negli intervalli dello stesso; un'omissione certamente non volta ad escludere l'applicazione della disciplina *de quo* a questa fattispecie, ma probabilmente motivata dalla sua inclusione nel più generale disposto del comma 2, ossia nel concetto di allontanamento. Per la verità, un'esigenza di maggiore chiarezza avrebbe dovuto suggerire la ripetizione dell'inciso, attesa la non coincidenza, anche semantica, tra allontanamento dall'aula di udienza ed evasione⁵⁴⁴.

⁵⁴³ P. MOSCARINI, "Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale", cit., 319.

⁵⁴⁴ Di ciò, del resto, si ebbe consapevolezza nel corso dei lavori preparatori. Infatti, nel corso dell'esame in prima lettura da parte della Commissione Giustizia della Camera, l'on. Gazzilli presentò un emendamento (il n. 18.114, pubblicato nell'allegato al resoconto della seduta dell'8 luglio 1998, pag. 29), diretto ad inserire la locuzione "ovvero evade" dopo il riferimento all'allontanamento. Tale emendamento, secondo quanto affermato dallo stesso on. Gazzilli, avrebbe fatto emergere la "differenza ontologica tra il concetto di allontanamento e quello di evasione" (Commissione Giustizia della Camera, 14 luglio 1998, resoc. pag. 21). L'emendamento fu tuttavia respinto dalla Commissione.

3.18 segue: c) *la discussione e l'integrazione delle indagini.*

L'art. 421 comma 1 c.p.p. stabilisce che “conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti il giudice dichiara aperta la discussione”. Tuttavia, l'avvio della discussione presuppone un ulteriore adempimento preliminare. Infatti, il comma 3 della medesima disposizione prevede che “il pubblico ministero ed i difensori formulano ed illustrano le rispettive conclusioni utilizzando gli atti contenuti nel fascicolo trasmesso a norma dell'art. 416 comma 2 nonché gli atti ed i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della decisione”.

La norma, così formulata, pone alcuni problemi interpretativi. Innanzi tutto, il codice attribuisce esplicitamente al giudice un potere selettivo in ordine alla documentazione presentata dalle parti prima dell'inizio della discussione. In dottrina si è però giustamente rilevato che il fatto che un analogo potere non sia stato espressamente previsto anche per gli atti inseriti nel fascicolo, non vuol dire la sua automatica esclusione. Al contrario, tale controllo rientra nella logica del sistema, dovendo essere necessariamente esclusi, d'ufficio o su richiesta di parte, gli atti inutilizzabili⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 618. In dottrina si è giustamente osservato che “quanto al potere di ammissione, è da dire che la norma in esame non indica quali siano i criteri cui il giudice deve informarsi nell'esercizio dello stesso; criteri certamente desumibili dal sistema sono quelli relativi all'utilizzabilità della prova (artt. 187 ss. c.p.p.) ed alla validità degli atti e documenti, i quali sembrano doversi coniugare con una più generale e pregiudiziale valutazione di pertinenza (A. FERRARO, *Il giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1137). Nello stesso senso, A. GALATI, “*L'udienza preliminare*”, 1999, cit., 209. *Amplius*, G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 191 ss.

Inoltre, rinviando a quando s'è detto in altra sede a proposito delle indagini suppletive e dei limiti delle stesse⁵⁴⁶, occorre rilevare che la disposizione in commento si correla all'art. 419 comma 3 c.p.p. (ora modificato dall'art. 13 della l. 397/2000), secondo cui "l'avviso contiene inoltre l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio". D'altra parte, un ulteriore collegamento è quello con l'art. 419 comma 2 c.p.p., secondo cui l'avviso "è notificato al difensore dell'imputato con l'avvertimento [...] della facoltà di presentare memorie e di produrre documenti"; disposizione, questa, che, unitamente all'art. 38 disp. att. c.p.p., all'epoca solo riformato, già prima delle successive novelle al codice di procedura penale, si riteneva che legittimasse la presentazione al giudice dell'udienza preliminare della documentazione relativa alle indagini difensive, con il conseguente superamento della c.d. teoria della canalizzazione⁵⁴⁷. Ciò grazie ad un'interpretazione che ricomprendeva la documentazione *de quo* nel concetto di *documenti*, richiamato dagli artt. 419 comma 2 e 421 comma 3 c.p.p.⁵⁴⁸. Tale interpretazione, come a suo tempo si è già avuto modo di rilevare, risulta oggi certamente ancor più fondata⁵⁴⁹.

Per quanto riguarda il comma 2 dell'art. 421 c.p.p., quest'ultimo, nella sua formulazione originaria, testualmente prevedeva che "il pubblico ministero espone

⁵⁴⁶ *Retro*, pag. 143 ss; pag. 225 ss.

⁵⁴⁷ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 67.

⁵⁴⁸ G. GARUTI, *op. cit.*, 210.

⁵⁴⁹ *Retro*, 3.15, *in primis*, nota 433.

sinteticamente i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio. L'imputato può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Prendono poi la parola, nell'ordine, i difensori della parte civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato che espongono le loro difese. Il pubblico ministero ed i difensori possono replicare per una sola volta".

La norma, sotto questo profilo rimasta immutata, prevede dunque che il primo a prendere la parola, secondo uno schema comune nel codice di procedura penale, è il magistrato del pubblico ministero. Ciò d'altra parte, ha una sua spiegazione dal punto di vista sistematico. Infatti, il magistrato del pubblico ministero ha esercitato l'azione penale, e, in ossequio al principio della presunzione di non colpevolezza, incombe su di lui l'onere di dimostrare la sostenibilità dell'accusa⁵⁵⁰. A tal fine, egli deve esporre i risultati delle sue indagini sinteticamente; una prescrizione questa, che nel disegno originario del codice, rispondeva a quei criteri di semplicità e di snellezza cui si voleva che s'informasse l'udienza preliminare. Tale esposizione, secondo quanto si è rilevato in dottrina, costituisce una sorta di motivazione della richiesta di rinvio a giudizio, che, non prevista, come a suo tempo visto, tra i requisiti formali della richiesta stessa, si esplica tuttavia in

⁵⁵⁰ Si è osservato, infatti, che "il pubblico ministero deve convincere il giudice ad emettere il decreto richiesto, ovvero a ritenere che gli elementi acquisiti nelle indagini siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio [...]" (D. BIELLI, *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, cit., 265).

udienza, attraverso un'illustrazione orale degli elementi raccolti e della loro rilevanza a sostegno dell'accusa⁵⁵¹.

Segue quindi l'interrogatorio al quale l'imputato può chiedere di essere sottoposto. Nella *Relazione*, per la verità, si affermava esattamente il contrario, ossia che “all'eventuale interrogatorio dell'imputato seguono l'esposizione del pubblico ministero e le difese delle parti private”⁵⁵². In realtà, l'ordine degli interventi che inequivocabilmente risulta dalla lettera della norma, risponde ad una precisa logica. Infatti, l'imputato, soltanto dopo essere venuto a conoscenza, attraverso le argomentazioni svolte in aula dal magistrato del pubblico ministero, degli elementi che supportano l'accusa, può valutare se sottoporsi o meno all'interrogatorio, al fine di argomentare, a sua volta, sulla tesi accusatoria, ovvero “di difendersi provando mediante dichiarazioni di fatto”⁵⁵³. Ciò risponde pienamente alla funzione dell'interrogatorio previsto dall'art. 421 c.p.p., funzione che è – o meglio, era, come si vedrà tra poco - essenzialmente difensiva. Infatti, l'interrogatorio in questo caso non poteva certo essere considerato un atto di natura investigativa. In effetti, in primo luogo, esso poteva essere richiesto dal solo imputato e non dalle altre parti, con esclusione quindi anche del magistrato del pubblico ministero. In secondo luogo, l'atto in questione non competeva al magistrato del pubblico ministero, ma al giudice. In effetti, nella *Relazione*

⁵⁵¹ G. FRIGO, “*Udienza preliminare*”, cit., 619.

⁵⁵² *Relazione*, cit., 102.

⁵⁵³ O. DOMINIONI, “*Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*”, cit., 71.

esplicitamente si affermava che “non si è ritenuto opportuno [...] introdurre la tecnica dell’esame diretto che avrebbe consacrato la piena efficacia probatoria dell’atto”⁵⁵⁴. Del resto, l’art. 421 comma 2 c.p.p. espressamente si richiamava agli artt. 64 e 65 c.p.p., “in tal modo escludendo in maniera esplicita l’esame diretto ed il controesame previsti dall’art. 503 c.p.p. per la fase dibattimentale”⁵⁵⁵, ed attribuendo al giudice la conduzione dell’audizione e dell’interrogatorio dell’imputato.

Infine, a smentire la natura investigativa dell’interrogatorio previsto dall’art. 421 comma 2 c.p.p., si è anche osservato che “il momento processuale nel quale si svolge rende impossibile configurare l’atto quale mezzo di contestazione dell’accusa, essendo tale funzione già svolta dall’avviso previsto dall’art. 419 comma 1 c.p.p.”⁵⁵⁶. Tale considerazione ha anche portato in dottrina ad esprimere serie perplessità sul rinvio operato dall’art. 421 c.p.p. all’art. 65 c.p.p., in particolare per quanto riguarda la contestazione del fatto in forma chiara e precisa, prevista dal comma 1 dell’art. 65 c.p.p., che in questo caso, evidentemente, non ha alcuna ragione di essere, attesi gli adempimenti a tal fine previsti dalla disciplina dell’udienza preliminare⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ *Relazione*, cit., 102.

⁵⁵⁵ A. GALATI, *L’udienza preliminare*, cit., 210.

⁵⁵⁶ G. GARUTI, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, cit., 223.

⁵⁵⁷ D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, cit., 260.

In definitiva, “questo interrogatorio è l’espressione principalmente del diritto dell’imputato di partecipare in prima persona al contraddittorio, così provvedendo all’autodifesa, ed insieme – pur, se si vuole, secondariamente – del diritto dell’imputato stesso di porsi, come fonte di conoscenze, a disposizione del giudice”⁵⁵⁸. Ne derivava, quindi, una seconda funzione dell’interrogatorio, sia pure sussidiaria, in quanto atto da cui il giudice poteva trarre elementi per il suo convincimento.

Le considerazioni qui svolte debbono tuttavia tener conto di una prima integrazione della disposizione in commento, operata con la l. 267/97. In forza dell’art. 2 della citata legge, infatti, fu novellato il comma 2 dell’art. 421 c.p.p. stabilendosi che “su richiesta di parte, il giudice dispone che l’interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499”. L’imputato può cioè chiedere al giudice che l’interrogatorio avvenga nelle forme previste nell’istruzione dibattimentale per l’esame testimoniale. A seguito di tale modifica, quindi, l’interrogatorio può svolgersi anche con il metodo dell’esame diretto e del controesame. Problematica si presenta, a questo punto, la compatibilità con l’originaria fisionomia dell’istituto. In effetti, l’integrazione dell’art. 421 comma 2 c.p.p., pur senza far perdere all’interrogatorio la sua natura difensiva, ne rafforza quella che si è visto essere stata, in origine, una connotazione solo secondaria, ossia quella informativa o probatoria, in un più generale contesto, volto, già con la l.

⁵⁵⁸ G. FRIGO, *op. cit.*, 620. Nello stesso senso anche G. GARUTI, *op. cit.*, 224.

267/97, ad incidere sulla natura stessa dell'udienza preliminare, sempre più anticipazione del dibattimento, grazie al recupero dei relativi atti, in virtù della lettura in dibattimento del verbale dell'udienza, consentita dall'art. 514 c.p.p., da quella medesima legge sostituito.

A parte questi rilievi, anche nel caso in cui le dichiarazioni siano rese nelle forme di cui agli artt. 498 e 499 c.p.p., sarà pur sempre l'imputato ad avanzare la richiesta di essere sottoposto ad interrogatorio, non essendo consentita una sollecitazione in tal senso proveniente dalle altre parti. Queste ultime possono solo richiedere l'adozione delle particolari modalità previste dalle disposizioni richiamate, ma l'imputato conserva il diritto di rendere interrogatorio sottraendosi all'esame incrociato. Si è infatti osservato che “pur nell'anomalia dell'intervento legislativo – che mescola le originarie finalità difensive di tali dichiarazioni rese in udienza preliminare all'esigenza di recuperarne i contenuti eteroaccusatori, [...] si tratta pur sempre di un interrogatorio quale diritto di chi lo rende a contribuire alla decisione, tutela che sarebbe irragionevole sopprimere ove lo stesso imputato scelga il giudice come unico interlocutore diretto, rifiutando un differente metodo acquisitivo da altri richiesto”⁵⁵⁹.

Sempre a proposito dell'art. 421 comma 2 c.p.p., in dottrina si faceva notare che, sebbene nella prassi spesso fosse avanzata la pretesa di rendere spontanee dichiarazioni – per esempio al fine di intervenire in un momento dell'udienza

⁵⁵⁹ A. SCALFATI, *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 69.

preliminare diverso rispetto quello immediatamente successivo all'esposizione introduttiva del magistrato del pubblico ministero - attraverso l'applicazione analogica dell'art. 494 c.p.p., questa possibilità andava esclusa, perché tale ultima disposizione non era espressamente richiamata e, del resto, il codice disciplinava espressamente le forme ed i modi dell'interrogatorio⁵⁶⁰.

Ad ogni buon conto, la questione è ormai superata grazie all'art. 20 della l. 479/99, che ha modificato il comma 2 dell'art. 421 c.p.p., stabilendo che "l'imputato può chiedere di rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere sottoposto a interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65". Tale innovazione si presta a rilievi sia positivi che negativi.

In effetti, la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee consente all'imputato di fornire il suo contributo conoscitivo senza esporsi né alle domande del giudice, né all'esame incrociato ad opera delle parti, evitando in tal modo il rischio di domande inattese ed imprevedibili. Tuttavia, si è osservato che la nuova possibilità concessa all'imputato s'inquadra in più generale disegno volto, ancora una volta, a snaturare l'udienza preliminare, attraverso una sempre più marcata assimilazione con il dibattimento⁵⁶¹.

Ciò presupposto, si pone il problema di individuare i limiti di applicabilità della disciplina dettata dall'art. 494 c.p.p., con riguardo alle dichiarazioni

⁵⁶⁰ G. LEO, *Problemi dell'udienza preliminare*, cit., 503.

⁵⁶¹ G. GARUTI, "La nuova fisionomia dell'udienza preliminare", cit., 379.

spontanee dell'imputato in dibattimento. Sotto questo profilo, non c'è nessuna ragione per escludere che l'imputato, come prescrive l'art. 494 comma 1 c.p.p., debba attenersi all'oggetto dell'imputazione e che le sue dichiarazioni spontanee non debbano intralciare lo svolgimento dell'udienza preliminare⁵⁶². Se poi l'imputato non si attiene all'oggetto del processo, il giudice può ammonirlo ed eventualmente togliergli la parola⁵⁶³. Invece, poiché l'art. 420 comma 4 c.p.p. stabilisce la *regola* della redazione del verbale in forma riassuntiva, sembra esclusa, secondo quanto si ritiene, l'applicabilità del disposto del comma 2 dell'art. 494 c.p.p., ove si prescrive la riproduzione integrale delle dichiarazioni, salvo che il giudice disponga la redazione del verbale in forma riassuntiva⁵⁶⁴. Soluzione questa probabilmente condivisibile, ove si consideri che la disciplina dell'art. 494 c.p.p. è pur sempre applicata in via analogica, al fine di colmare una lacuna normativa, salvo il limite della compatibilità

Altra questione è quella attinente al momento in cui rendere le dichiarazioni spontanee. Sotto questo profilo, non c'è alcun dubbio sul fatto che l'atto debba essere compiuto subito dopo l'esposizione introduttiva del magistrato del pubblico ministero, trovando tale collocazione temporale la sua giustificazione in relazione alla rilevanza che le dichiarazioni rese possono assumere per l'eventuale ordinanza

⁵⁶² *Contra*, A. SCAGLIONE, "La discussione in udienza preliminare", in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, cit., 436.

⁵⁶³ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 94.

⁵⁶⁴ G. GARUTI, *op. cit.*, 381.

di integrazione delle indagini, *ex art. 421 bis c.p.p.* e per l'attività probatoria di cui all'art. 422 c.p.p. Tuttavia, per quanto riguarda l'eventuale ripetizione dell'atto in un altro momento dell'udienza preliminare, in dottrina sono state espresse soluzioni opposte. Per un verso, infatti, si è esclusa tale possibilità, sulla base di un argomento testuale desunto dallo stesso art. 421 c.p.p., che non ha ripetuto l'inciso contenuto nell'art. 494 c.p.p. secondo cui l'imputato ha facoltà di rendere le dichiarazioni che ritiene opportune, in ogni stato del dibattimento. Inoltre, si è osservato che l'art. 422 comma 4 c.p.p., non contempla il riferimento alle dichiarazioni spontanee, mentre attribuisce espressamente all'imputato la facoltà di chiedere di essere interrogato, dopo l'espletamento dell'attività di integrazione probatoria disciplinata dalla norma⁵⁶⁵.

Altra parte della dottrina ha invece affermato che in via successiva rispetto all'integrazione delle indagini di cui all'art. 421 *bis* c.p.p., “deve ritenersi [...] che non vi siano preclusioni al compimento di atti che ordinariamente trovano spazio nell'udienza preliminare, compresa la possibilità che l'imputato renda dichiarazioni spontanee”⁵⁶⁶. Anche a prescindere da ciò, si avverte comunque che la nuova versione dell'art. 421 c.p.p. produce riflessi certamente negativi sul piano della funzionalità e della rapidità dell'udienza preliminare, posto che, il tenore letterale della disposizione – l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di

⁵⁶⁵ G. GARUTI, *op. cit.*, 382.

⁵⁶⁶ D. GROSSO, “Dichiarazioni spontanee dell'imputato anche all'udienza preliminare”, in AA.VV, *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, *Dir. pen. proc.*, 3/2000, 281.

essere sottoposto ad interrogatorio – autorizza ad ipotizzare un'udienza in cui i due atti possono anche cumularsi, anche se un'attenuazione degli inconvenienti che ne derivano potrebbe essere assicurata da una prassi che faccia precedere le dichiarazioni spontanee dall'interrogatorio, così da consentire al giudice di inibire sia le divagazioni sia le inutili perdite di tempo su fatti che hanno già costituito oggetto dell'interrogatorio.

Dopo che il magistero del pubblico ministero ed i difensori hanno illustrato le loro conclusioni (art. 421 comma 3 c.p.p.), il giudice, se ritiene di poter decidere allo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione (art. 421 comma 4 c.p.p.). In caso contrario, il giudice ha due possibilità:

- a) può, se le indagini preliminari sono incomplete, disporre l'integrazione delle indagini, *ex art. 421 bis c.p.p.*⁵⁶⁷, introdotto dall'art. 21 della l. 479/99;
- b) può disporre l'assunzione di prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere *ex art. 422 c.p.p.*, come sostituito dall'art. 22 della l. 479/99.

⁵⁶⁷ Nel corso dei lavori preparatori, nell'esprimere le ragioni giustificatrici dell'innovazione, così si argomentava: “[...] è nota la questione, su cui vi è stato un ampio dibattito, del cosiddetto esercizio apparente dell'azione penale, quando cioè il pubblico ministero, per colpa o per necessità, svolge indagini incomplete od insufficienti. Il giudice deve allora avere la possibilità di controllare l'esercizio della funzione penale, deve cioè esserci un momento giurisdizionale di controllo dell'effettivo esercizio dell'azione penale. Un'indagine finta, non espletata in modo completo, è un esercizio apparente, un'esclusione dell'obbligo costituzionale all'esercizio dell'azione penale. Ecco perché il giudice deve avere il potere di cui dicevo [...]” (Camera dei Deputati, sed. n. 477 del 3 febbraio 1999, int. dell'on. Saraceni, resoc. pag. 37). *Ibidem* (int. dell'on. Carotti), si evidenziò che il vecchio art. 422 c.p.p. produceva “effetti paradossali quando, a fronte della necessità di coprire un vuoto investigativo, il giudice dell'udienza preliminare indicava nuovi temi e, a seguito della reiezione di questi ad opera delle parti processuali, si rendeva ingestibile il processo, premiando in qualche modo proprio l'attività negligente della Procura della Repubblica”.

Il rapporto tra queste due disposizioni si pone tuttavia in termini problematici. In proposito ci contrappongono due tesi. Secondo un primo orientamento, il potere di indicare ulteriori indagini e quello di integrazione probatoria sono tra di loro alternativi⁵⁶⁸. Altra parte della dottrina, invece, descrive il rapporto in termini non di alternatività ma di sussidiarietà. Si è affermato, infatti, che “non appare indifferente che si scelga di attivare il fenomeno del completamento investigativo, dando impulso al magistrato del pubblico ministero, o di acquisire prove d’ufficio; l’itinerario indicato dal legislatore sembra essere quello di invitare, prima di tutto, l’organo dell’accusa a migliorare il panorama d’indagine e, solo in seconda battuta, di dare corso ai meccanismi prescritti dall’art. 422 c.p.p., allorché il quadro istruttorio ancora lo richieda”⁵⁶⁹. In sostanza, la scelta del giudice di procedere all’integrazione probatoria è subordinata alla verifica della completezza del quadro investigativo, sia che questa condizione si verifichi all’esito della discussione *ex art. 421 c.p.p.*, sia che ciò accada a seguito dell’integrazione delle indagini, eventualmente disposta *ex art. 421 bis c.p.p.*⁵⁷⁰. Ne deriva, quindi, che le due disposizioni in oggetto si riferiscono ad attività che sono fra di loro complementari

⁵⁶⁸ N. GALATINI, “*La nuova udienza preliminare*”, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, cit., 100; R. BRICCHETTI, *L’impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LII; S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, cit., 980.

⁵⁶⁹ A. SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2824.

⁵⁷⁰ Per questa posizione, A. DE CARO, “*L’integrazione investigativa e probatoria nell’udienza preliminare*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, cit., 409 s.; G. GARUTI, *L’udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, in *Riv. pen.* 2000, 870.

e succedanee. In verità, il tenore letterale dell'art. 422 comma 1 c.p.p. sembrerebbe suggerire una soluzione diversa, nel senso che si dovrebbe procedere all'attività d'integrazione probatoria solo quando il giudice *non provvede a norma del comma 4 dell'art. 421 c.p.p. ovvero a norma dell'art. 421 bis c.p.p.* La disposizione “punta, correttamente, ad evitare la ripetizione incontrollata di momenti integrativi della prova, ma non corrisponde alla *ratio* del sistema che affida all'udienza preliminare comunque la funzione di filtro delle accuse infondate. Un'interpretazione aderente alla *ratio legis* dovrebbe consentire, invece, l'acquisizione probatoria degli elementi decisivi per la sentenza di non luogo a procedere anche nell'ipotesi in cui l'esigenza accertativa nasce dopo le nuove

indagini disposte ai sensi dell'art. 421 *bis* c.p.p. o proprio a seguito di esse"⁵⁷¹. Per altro, in dottrina non si è nemmeno esclusa la possibilità di un eventuale sviluppo circolare dell'udienza preliminare, inteso come eventualità che "i risultati dell'integrazione delle indagini diano impulso all'integrazione probatoria e quest'ultima, sia pure eccezionalmente, ponga le premesse per il compimento di ulteriori attività d'indagine"⁵⁷².

⁵⁷¹ A. DE CARO, *op. cit.*, 424. La tesi dell'alternatività risulta anche smentita dall'esame dei lavori preparatori. In effetti, la disposizione attributiva del potere di disporre l'integrazione investigativa, inizialmente, avrebbe dovuto essere inserita nell'art. 422 c.p.p., attraverso un nuovo comma 5, in forza del quale si prevedeva che "quando le indagini preliminari sono incomplete, il giudice indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello" (testo approvato dalla Camera il 19 febbraio 1999). Trasmesso il testo all'altro ramo del Parlamento, nella discussione alla Commissione Giustizia del Senato, il contenuto del comma 5 dell'art. 422 fu invece trasfuso nell'attuale art. 421 *bis* c.p.p., mentre solo successivamente, a seguito della discussione in Aula, fu inserito il comma 2 relativo al potere di avocazione. Per quanto riguarda in particolare il primo aspetto, l'innovazione derivò dall'emendamento 24.01, presentato dal sen. Russo. In sede di discussione si affermava che la proposta emendativa tendeva a "ridisegnare il percorso dell'udienza preliminare, anticipando al momento della discussione la previsione della facoltà per il giudice per le indagini preliminari di indicare le ulteriori indagini fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare, qualora riscontri che le indagini preliminari sono incomplete. Il testo dell'art. 422 comma 5 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 25 del disegno di legge approvato dalla Camera, colloca invece la possibilità di esercitare tale potere nel momento successivo all'assunzione di eventuali prove nel corso dell'udienza preliminare" [Commissione Giustizia del Senato, sed. n. 457 del 20 luglio 1999 (pom.), int. del sen. Russo]. Altri, poi, rilevava che tale emendamento, unitamente al n. 25.3 – il quale ultimo attribuiva al giudice il potere di assumere anche d'ufficio prove manifestamente decisive ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere – era "finalizzato a distinguere nettamente l'attività di controllo sulle modalità di esercizio dell'azione penale da quella consistente nell'assunzione [di prove] da parte del giudice dell'udienza preliminare [...]. Nell'attuale formulazione dell'art. 422 del codice di procedura penale le due attività sono confuse, mentre ne appare senz'altro opportuna la collocazione in momenti logicamente e temporalmente distinti. In questa prospettiva, i due emendamenti citati intendono imporre in primo luogo di procedere alla valutazione della completezza delle indagini, stabilendo che solo successivamente, qualora il giudice abbia ritenuto le indagini complete e non abbia invece disposto il compimento di nuove indagini e fissato la nuova udienza preliminare, egli valuterà l'esigenza di disporre l'assunzione di prove che risultino decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere" (Commissione Giustizia del Senato, sed. n. 457 cit., int. del sen. Senese).

⁵⁷² D. GROSSO, "Integrazioni conoscitive eterogenee nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti", in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 282.

A prescindere da quest'ultima eventualità, bisogna intendersi sul concetto di incompletezza che legittima il supplemento investigativo *ex art. 421 bis c.p.p.* Si è osservato, infatti, che l'incompletezza delle indagini, di per sé, non basta da sola per giustificare l'esercizio del potere di impulso, in quanto essa deve sempre essere rapportata al giudizio prognostico proprio dell'udienza preliminare, vale a dire alla valutazione sull'idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in dibattimento⁵⁷³. Detto in altri termini, il giudice non è in alcun modo investito di un incondizionato potere d'integrazione investigativa, eventualmente anche del tutto svincolato dai filoni d'indagine fino a quel punto già esplorati, sì da potere indicare nuovi campi d'indagine, prescindendo completamente dalle risultanze già emerse. Il giudice, infatti, non può orientare le indagini secondo un proprio autonomo percorso ricostruttivo, ma solo in funzione di un completamento del quadro investigativo delineatosi all'esito delle indagini già svolte. Pertanto, l'esercizio del potere di cui all'*art. 421 bis c.p.p.* non è giustificato "di fronte ad esiti inconcludenti delle indagini preliminari, tali da dover condurre ad una pronuncia di non luogo a procedere ai sensi dell'*art. 425 c.p.p.*, [così che] si tenti di

⁵⁷³ A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali, la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 535. Anche, G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, cit., 869; R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LII.

intraprendere nuove linee di ricerca, in assenza di dati concreti volti a giustificare una simile indagine suppletiva”⁵⁷⁴.

Ciò chiarito, la norma pone altri problemi interpretativi che debbono essere affrontati. In primo luogo, il legislatore non ha indicato espressamente il destinatario della richiesta di nuove indagini. Per altro, in dottrina generalmente si ritiene che il giudice quando provvede a norma dell’art. 421 *bis* c.p.p., si rivolge necessariamente al magistrato del pubblico ministero. Infatti, sebbene la mancata esplicitazione potrebbe, ipoteticamente, far includere tra i destinatari della richiesta anche il difensore dell’imputato, affinché questi compia un supplemento di indagini difensive, tuttavia, si è detto che “alla luce dell’ordinamento vigente, ed in mancanza di una specifica disciplina delle indagini difensive [...], tale ipotesi appare scarsamente attendibile. Ed invero, la struttura tutta della norma, la sua collocazione sistematica, il riferimento esplicito da essa operato ad un’eventuale avocazione da parte del procuratore generale, inducono a propendere per la tesi secondo cui, nonostante il silenzio del legislatore, sia il pubblico ministero, e solo lui, a potere e dovere compiere tale attività integrativa d’indagine”⁵⁷⁵. Questa tesi costituisce un’estrinsecazione del principio di canalizzazione, tanto è vero che si è

⁵⁷⁴P.P. RIVELLO, in AA.VV, *L. 16/12/1999; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, 390. In dottrina si è anche osservato che “legittimare genericamente l’esercizio del potere tutte le volte in cui occorre *vederci più chiaro* postulerebbe [...] il rischio di un impulso svincolato dal perimetro evidenziabile dalle investigazioni, accentuando i dubbi sulla neutralità del giudice in vista degli esiti della fase” (A. SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2828).

⁵⁷⁵ S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, cit., 981.

aggiunto che il difensore dell'imputato potrebbe tutt'al più utilizzare il magistrato del pubblico ministero come "veicolo processuale", nel senso che una volta svolte le indagini, egli dovrebbe comunque investire quest'ultimo della relativa documentazione. Solo sulla base degli atti d'indagine in seguito compiuti dal magistrato del pubblico ministero, così stimolato dal difensore, il giudice adotterà i provvedimenti del caso⁵⁷⁶.

Tali conclusioni debbono però oggi necessariamente tener conto del mutato quadro normativo, che ha visto l'introduzione, grazie alla l. 397/2000, di un'articolata disciplina delle indagini difensive. Tuttavia, già prima di tale ulteriore evoluzione normativa, la tesi della necessaria canalizzazione verso il magistrato del pubblico ministero dei risultati delle indagini difensive, anche in questo particolare contesto, era stigmatizzata da una parte della dottrina. Infatti, pur prendendo atto dell'ostacolo difficilmente superabile rappresentato dal comma 2 dell'art 421 *bis* c.p.p., che "sembrerebbe far pensare ad indagini che debbono comunque essere gestite nell'ambito degli uffici della procura", si riteneva che un vero e proprio processo di parti avrebbe richiesto una sorta di ripartizione di competenze tra

⁵⁷⁶ G. PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al gup il codice retrocede allo schema inquisitorio*, cit., 61; G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., 387. Nello stesso senso anche A. DE CARO, *"L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare"*, cit., 417 s., il quale evidenzia che la tesi secondo cui soggetto legittimato al compimento delle indagini indicate dal giudice è solo il magistrato del pubblico ministero, trova conferma nei lavori preparatori. Difatti, nel testo approvato dalla Commissione Giustizia della Camera il 23 settembre 1998, ove ancora si prevedeva l'udienza predibattimentale, l'art. 427 comma 7, così come previsto dall'art. 22 del disegno di legge, stabiliva che "quando le indagini preliminari sono incomplete, il giudice indica al pubblico ministero le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza predibattimentale". Sotto questo profilo, quindi, se questa era l'intenzione del legislatore, l'omissione nella versione definitiva dell'indicazione esplicita poteva essere all'origine di "letture equivoche".

l'organo pubblico ed il difensore, dovendo il primo occuparsi delle "indagini dall'esito incerto o di quelle che sembrano idonee a confermare la necessità del transito del procedimento alla fase dibattimentale, laddove alla difesa dovrebbero essere affidate quelle atte, almeno potenzialmente, a condurre alla sentenza di non luogo a procedere"⁵⁷⁷. Questa tesi meriterebbe di essere oggi maggiormente valorizzata, anche perché essa è solo in apparente contrasto con la posizione del magistrato del pubblico ministero quale organo imparziale, posto che nulla potrebbe impedire all'organo pubblico di svolgere, eventualmente, *anche* indagini a favore dell'indagato, dovendo essere la citata distribuzione dei compiti solo tendenziale, così che egli, per soddisfare il requisito della completezza, potrà muoversi all'interno delle indicazioni del giudice dell'udienza preliminare, compiendo atti sia carico che a discarico, come del resto sostenuto da chi aderisce alla teoria della canalizzazione⁵⁷⁸, senza però che venga in alcun modo sminuita la corrispondente attività difensiva.

Se si aderisce alla tesi qui sostenuta, assume maggiore concretezza il principio della completezza delle indagini, sì da rendere possibile un'effettiva verifica sull'utilità del dibattimento, grazie ad un quadro investigativo arricchito dalle prospettazioni sia accusatorie che difensive e quindi sostanzialmente esaustivo, anche in un'ottica favorevole all'imputato. Coerentemente con quest'impostazione,

⁵⁷⁷ P.P. RIVELLO, in AA.VV, *L. 16/12/1999; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 391.

⁵⁷⁸ G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, cit., 869; R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LII.

sembra doversi condividere l'opinione di chi, sia pur con linguaggio largamente improprio, ha affermato che "il giudice [deve] limitarsi all'indicazione di ulteriori elementi di accertamento, sui quali entrambe le parti risultano libere di esercitare il loro diritto di prova, mediante distinte ed autonome attività di acquisizione probatoria"⁵⁷⁹. Pertanto, sembra lecito ritenere che il giudice non può indicare specificatamente gli atti da compiere, ma deve limitarsi a prospettare temi investigativi incompleti⁵⁸⁰.

Ad ogni buon conto, nell'ambito dell'orientamento, largamente dominante in dottrina, che ritiene che solo il magistrato del pubblico ministero possa essere il destinatario della richiesta di integrazione delle indagini, si sono posti una serie di problemi ulteriori. Innanzitutto, tra coloro che accettano quest'impostazione, si è affermato che "la norma affida al giudice il potere di individuare specificamente la tipologia di nuove indagini da effettuare; il magistrato del pubblico ministero sarà solo l'esecutore materiale dell'attività investigativa, senza possibilità di estendere *motu proprio* l'accertamento oltre i limiti stabiliti"⁵⁸¹. Diventa allora quasi inevitabile prendere atto del fatto che il giudice dell'udienza preliminare è "il *dominus* del contenuto probatorio degli atti, atti su cui dovrà fondare la sua

⁵⁷⁹ P.P. RIVELLO, in AA.VV., *L. 16/12/1999; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 392.

⁵⁸⁰ G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, cit. 869; A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali, la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, cit., 535.

⁵⁸¹ A. DE CARO, "L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare", cit., 421. Questa posizione così radicale non trova molti consensi in dottrina. *Contra*, R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LII; G. GARUTI, *loc. cit.*

decisione [...] con una commistione tra poteri del tutto spuria rispetto alla logica accusatoria e che in qualche modo evoca scenari inquisitori; l'ideologia inquisitoria, infatti, si annida dove il giudice è, in qualche modo, padrone della prova"⁵⁸². Evidente risulta sotto questo profilo il pregiudizio all'imparzialità del giudice. Tuttavia, anche senza giungere a questi estremi⁵⁸³, si potrebbe pur sempre ritenere che la terzietà del giudice dell'udienza preliminare, rispetto alle successive valutazioni da compiere all'esito dell'udienza, sia in qualche modo già compromessa dal fatto stesso che l'art. 421 *bis* c.p.p. gli attribuisca così penetranti poteri di controllo sulla completezza delle indagini, consentendogli, con l'ordinanza di integrazione, quand'anche il relativo potere sia esercitato, come da più parti auspicato, con estrema cautela, di interferire "nella logica e nelle strategie del pubblico ministero"⁵⁸⁴.

Ci si è poi chiesti che cosa dove accadere se il magistrato del pubblico ministero non si attivi a fronte delle richieste del giudice dell'udienza preliminare o lo faccia senza successo. In proposito in dottrina sono state espresse soluzioni diversificate. Secondo un primo orientamento, il giudice a quel punto dovrebbe

⁵⁸² A. DE CARO, *op. cit.*, 418 s.

⁵⁸³ Tra l'altro, non è inopportuno ricordare che sostenere che il giudice dell'udienza preliminare può indicare specificatamente al magistrato del pubblico ministero gli atti d'indagine da compiere, significa pregiudicare fin dall'inizio ogni utilità del supplemento investigativo, soprattutto nell'ottica dell'accusa. E' di tutta evidenza, infatti, che una tale disposizione, data in udienza preliminare, alla presenza dell'imputato e del suo difensore, permetterà loro di predisporre adeguate "manovre di sabotaggio". In questo senso, G. GARUTI, "La nuova fisionomia dell'udienza preliminare", cit., 388.

⁵⁸⁴ G. FRIGO, *Il tramonto della collegialità oscura le garanzie*, in *Guida dir.*, 1/2000, IX.

proseguire nell'udienza preliminare, eventualmente attivando i poteri probatori *ex officio* attribuitigli dall'art. 422 c.p.p.⁵⁸⁵ Sul piano decisorio, poi, non è detto che il giudice debba necessariamente pronunciare sentenza di non luogo a procedere, perché le indagini ulteriori da compire possono essere sia a carico che a discarico⁵⁸⁶. Altri ha invece ritenuto che il giudice dell'udienza preliminare dovrebbe in tal caso, per forza di cose, pronunciare la sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 comma 3 c.p.p., che espressamente dispone in tal senso quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio, pur mettendosi nel conto un eventuale uso improprio dei poteri di cui all'art. 422 c.p.p.⁵⁸⁷. Tale ultima possibilità è invece decisamente esclusa da chi mette in evidenza che l'attivazione del meccanismo contemplato all'art. 422 c.p.p. è subordinata al requisito dell'evidente decisività ai fini del proscioglimento, e quindi, si caratterizza per un margine operativo assolutamente esiguo. Inoltre, ad escludere che attraverso l'art. 422 c.p.p. si possa porre rimedio all'inattività del magistrato del pubblico ministero, sollecitato *ex art. 421 bis c.p.p.*, soccorre, secondo quanto si ritiene,

⁵⁸⁵ A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali, la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, cit., 535.

⁵⁸⁶ R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LII.

⁵⁸⁷ D. GROSSO, "Incompletezza delle indagini ed esercizio dell'azione penale", in AA.VV, *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 283. Si è però anche aggiunto (*ibidem*, 284) che questa soluzione vale solo nel caso in cui le lacune riguardino la ricerca e l'acquisizione di elementi a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio. Viceversa, qualora "l'impostazione dell'accusa risulti sufficientemente supportata dagli elementi acquisiti, ma emergano significative lacune per essere stata trascurata l'acquisizione di elementi a discarico, pur individuabili (o addirittura segnalati dalla difesa dell'imputato), è sostenibile che il giudice dell'udienza preliminare possa porvi rimedio facendosi carico dell'integrazione probatoria".

l'ulteriore argomento della rigorosa alternatività tra le due disposizioni⁵⁸⁸. Si ritiene poi preclusa anche l'eventualità di una reiterazione dell'ordinanza con cui il giudice dispone l'integrazione delle indagini, perché ciò determinerebbe “una sorta di *recursus ad infinitum*, che con ogni probabilità risulterebbe più grave dello stallo decisorio che s'intendeva inizialmente risolvere”. Unica soluzione corretta, allora, dovrebbe essere solo quella di proseguire nell'udienza preliminare procedendo ad una nuova discussione. La questione è tuttavia controversa.

In effetti, comunemente in dottrina si ritiene che sussista una similitudine tra la disposizione in commento e l'art. 409 comma 4 c.p.p., il quale, in tema di richiesta di archiviazione, dispone che “il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il loro compimento”. Proprio tale similitudine ha indotto taluni a sostenere la possibilità della reiterazione dell'ordinanza di integrazione delle indagini, già ammessa in materia di archiviazione⁵⁸⁹. La tesi opposta, tuttavia, come detto, è motivata da ragioni di economia processuale⁵⁹⁰, senza contare che la non

⁵⁸⁸ S. GIORANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, cit., 982.

⁵⁸⁹ R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LIV.

⁵⁹⁰ In tal senso anche G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, cit., 870.

assimilabilità delle situazioni di cui agli artt. 409 comma 4 e 421 *bis* c.p.p., viene ritenuta di “palmare evidenza”⁵⁹¹.

In ogni caso, il problema dell’eventuale reiterazione della richiesta di nuove indagini si pone solo in via successiva rispetto alla necessità di procedere ad una nuova discussione, generalmente ammessa, a prescindere dal fatto che il magistrato del pubblico ministero abbia adempiuto alla richiesta o meno, e ciò, nonostante il silenzio della legge che invece esplicitamente dispone in tal senso all’art. 422 comma 3 c.p.p. In tal modo l’imputato potrà sia sollecitare l’esercizio dei poteri probatori previsti dall’art. 422 c.p.p., sia richiedere il giudizio abbreviato ed il patteggiamento, che devono essere richiesti prima dell’inizio della discussione. In dottrina si è per altro rilevato che ciò determina una “sostanziale rimessione in termini” dell’imputato che non abbia avanzato a suo tempo la richiesta del rito alternativo, il che potrebbe determinare qualche perplessità in relazione al fatto che questo effetto finisce con il dipendere da una “facoltativa opzione giudiziale”⁵⁹².

⁵⁹¹ S. GIORDANO, *op. cit.*, 982. L’affermazione si fonda essenzialmente sui diversi presupposti di operatività delle norme in oggetto. La prima, infatti, si riferisce ad una situazione di mancato esercizio dell’azione penale, cui consegue l’obbligo di controllo del giudice sull’inazione, in ossequio all’art. 112 Cost. Per quanto riguarda invece la seconda disposizione, si afferma che “totalmente differente è la situazione che si configura in udienza preliminare: qui l’azione penale è già stata esercitata; nessun obbligo di controllo, tanto meno di natura implicitamente costituzionale, grava sul giudice dell’udienza preliminare [...]”. In senso contrario si potrebbe tuttavia osservare che presupposto per l’applicazione dell’art. 421 *bis* c.p.p. è l’incompletezza delle indagini, che in questo caso, come nel caso dell’art. 409 c.p.p., induce il giudice a disporre le nuove indagini. E la necessità di assicurare la completezza delle indagini è stata ricondotta dalla Corte costituzionale proprio all’art. 112 Cost. Si è infatti affermato che “il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell’azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbe in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale” (Corte costituzionale, sent. 88/91, cit.).

⁵⁹² A. BARAZZETTA, *op. cit.*, 536.

Per quanto riguarda il termine delle indagini, esso, come prescrive la norma, è stabilito dal giudice. Per altro, vale la pena sottolineare che il sistema delineato dal legislatore si presta ad agevoli elusioni della rigorosa disciplina dei termini delle indagini preliminari⁵⁹³. In via patologica, infatti, si potrebbe pensare ad un magistrato del pubblico ministero che, una volta esaurito il termine ordinario delle indagini ed usufruito delle eventuali proroghe, pur nella consapevolezza della lacunosità delle indagini compiute, eserciti ugualmente l'azione penale, confidando nell'esercizio del potere giudiziale di cui all'art. 421 *bis* c.p.p. D'altra parte, in dottrina si è affermato che il magistrato del pubblico ministero conserva "il potere di compiere indagini integrative ai sensi dell'art. 419 comma 3 c.p.p., in rapporto all'art. 421 comma 3 c.p.p., da coordinarsi con l'art. 421 *bis* comma 1 c.p.p., così da potersi riferire il *dies ad quem* alla discussione che [...] verrà a svolgersi alla nuova udienza fissata dal giudice"⁵⁹⁴. Naturalmente, si ripropone la questione del deposito della documentazione relativa all'attività d'indagine compiuta. In proposito si è ritenuto che il termine per il deposito dovrebbe coincidere con quello stabilito dal giudice per il compimento delle indagini, in modo da favorire la conoscenza della documentazione e quindi l'effettività del contraddittorio, grazie al lasso di tempo che intercorre fino alla data della nuova udienza stabilita dal giudice. Se poi il giudice stabilisce unicamente la data della nuova udienza, poiché

⁵⁹³ Tale preoccupazione era già evidenziata nel corso dei lavori preparatori. In proposito, Camera dei Deputati, sed. n. 477 del 3 febbraio 1999, cit., int. dell'on. Pecorella.

⁵⁹⁴ D. GROSSO, "Incompletezza delle indagini ed esercizio dell'azione penale", cit., 283.

verrebbe a coincidere la data del deposito con quella dello svolgimento dell'udienza, spetterebbe al giudice tutelare adeguatamente il contraddittorio attraverso "congrui differimenti", secondo quanto specificato dalla Corte costituzionale con la citata sent. 16/94⁵⁹⁵.

Va poi rilevato che l'art. 421 *bis* c.p.p. contempla come presupposto dell'applicabilità della disposizione, l'indecidibilità allo stato degli atti. Al di là dei rilievi su questo concetto, formulati già prima della riforma⁵⁹⁶, rilievi riproposti nel nuovo quadro normativo⁵⁹⁷, è del tutto evidente che esso va rapportato alla nuova regola di giudizio espressa dall'art. 425 c.p.p., il quale, come già anticipato, contempla la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi raccolti siano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Si è pertanto affermato che "raggiunto il punto in cui è possibile formulare una prognosi di questo tipo cessa, per converso, il regime di incertezza che impone il completamento del materiale decisorio. Ecco allora che la non decidibilità allo stato degli atti idonea ad attivare il giudice si manifesta tutte le volte in cui l'incremento si riveli utile ai fini del nodo preliminare e possibile, in

⁵⁹⁵ G. GARUTI, "La nuova fisionomia dell'udienza preliminare", cit., 391.

⁵⁹⁶ Sul tema, *retro*, 3.12, pag. 280 s.

⁵⁹⁷ P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 390; G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, cit., 869.

termini di effettiva residua esplorabilità di temi insufficientemente indagati, sempre che siano già stati oggetto di allegazione”⁵⁹⁸.

L’art. 421 *bis* comma 1 c.p.p. prevede che del provvedimento con cui il giudice ha disposto le nuove indagini è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d’appello. Il comma 2 aggiunge poi che a seguito di tale comunicazione, il procuratore generale può disporre, con decreto motivato, l’avocazione delle indagini. La comunicazione è dunque funzionale all’eventuale esercizio del potere di avocazione. Il comma 2, inoltre, richiama l’art. 412 comma 1 c.p.p., in quanto compatibile. Sul significato di questo richiamo non vi è però accordo in dottrina. La disposizione in oggetto testualmente prevede che “il procuratore generale presso la corte d’appello dispone con decreto motivato l’avocazione delle indagini preliminari se il pubblico ministero non esercita l’azione penale o non richiede l’archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice. Il procuratore generale svolge le indagini preliminari indispensabili e formula le sue richieste entro il termine di trenta giorni dal decreto di avocazione”. Nel caso di specie, è del tutto evidente che il problema dell’esercizio o meno dell’azione penale nemmeno si pone, perché il procedimento è già giunto nella fase dell’udienza preliminare. Da ciò si è desunto che l’esercizio del potere di avocazione potrebbe anche prescindere dall’inerzia del magistrato del pubblico ministero, perché questi “si è già dimostrato inadempiente rispetto al dovere di completezza

⁵⁹⁸ A. SCALFATI, *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2829. Nello stesso senso, P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 391.

investigativa”⁵⁹⁹. Si è poi detto che nella nostra fattispecie non potrebbe trovare applicazione il termine di trenta giorni previsto dall’art. 412 comma 1 c.p.p., termine entro il quale il procuratore generale deve svolgere le indagini e formulare le sue richieste, perché “le conclusioni possono essere rassegnate solo alla nuova udienza di discussione fissata dal giudice”⁶⁰⁰. Verrebbe a questo punto da chiedersi per quale ragione il legislatore avrebbe dovuto richiamare l’art. 412 comma 1 c.p.p., posto che, una volta disposta l’avocazione, è del tutto ovvio che spetta al procuratore generale svolgere le indagini richieste, ed a tal fine non ci sarebbe certo stato bisogno di ricorrere alla tecnica del rinvio. Appare maggiormente plausibile, allora, la tesi secondo cui “l’organo avocante può svolgere le proprie indagini entro trenta giorni dal decreto di avocazione, anche qualora il giudice dell’udienza preliminare abbia inizialmente assegnato al pubblico ministero un termine inferiore (dove la necessità di un differimento della nuova udienza la cui data risulti antecedente il decorso del termine legale, salvo che il procuratore generale intenda adeguarsi al termine iniziale)”⁶⁰¹.

Prima di concludere su questo argomento, appare necessaria un’ultima considerazione. Si è già detto⁶⁰² che nel corso dei lavori preparatori del codice di

⁵⁹⁹ A. DE CARO, *op. cit.*, 422. *Contra*, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 56; G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, cit., 389.

⁶⁰⁰ A. BARBARANO, *La riforma del processo penale (c.d. legge Carotti)*, Esselibri, Napoli, 2000, 170.

⁶⁰¹ D. GROSSO, “*Incompletezza delle indagini ed esercizio dell’azione penale*”, cit., 283 s.

⁶⁰² *Retro*, 3.12, pag. 270.

procedura penale ci si pose il problema della tecnica più adeguata per superare la situazione di stallo eventualmente determinatasi per l'impossibilità di decidere allo stato degli atti. Rispetto a questo problema, si affermò che "l'acquisizione degli ulteriori elementi ai fini della decisione fuori dell'udienza preliminare, comporta un'abnorme regressione da una fase propriamente processuale ad uno stadio pre-processuale qual è quello delle indagini preliminari"⁶⁰³. Ebbene, il meccanismo ora previsto dall'art. 421 *bis* c.p.p. sembrerebbe, a prima vista, aver prodotto esattamente questo tipo di situazione, come sostenuto da una parte della dottrina, la quale ritiene che questa conseguenza "aberrante sul piano sistematico"⁶⁰⁴. Il rilievo è tuttavia contestato dalla dottrina più attenta, che mette in evidenza che l'ordinanza che dispone il compimento delle ulteriori indagini non determina alcuna regressione, perché il magistrato del pubblico ministero ha ormai ha già esercitato l'azione penale e non ha più, ormai, i poteri che gli spettano a conclusione dell'udienza preliminare, che si concretano nella possibilità di scelta di fronte dell'alternativa tra richiesta di archiviazione e di rinvio a giudizio. In sostanza, l'integrazione delle indagini è una fase incidentale all'interno del processo apertosi con la richiesta di rinvio a giudizio. La documentazione relativa all'attività investigativa eventualmente svolta viene sottoposta al giudice

⁶⁰³ *Relazione*, cit., 102.

⁶⁰⁴ S. GIORDANO, *op. cit.*, 981.

dell'udienza preliminare ed il processo riprende nella nuova udienza già fissata dal giudice medesimo⁶⁰⁵.

Tuttavia, questi rilievi nulla tolgono all'obiettiva incidenza della nuova disciplina dettata dalla l. 479/99 sulla natura e la funzione dell'udienza preliminare, sia sotto il profilo dell'integrazione investigativa appena esaminato, sia in relazione all'attività d'integrazione probatoria prevista dal nuovo art. 422 c.p.p. E appunto su questi problemi che occorre ora spostare l'attenzione.

3.19 segue: d) la nuova fisionomia dell'udienza preliminare tra integrazione delle indagini ed attività d'integrazione probatoria.

Nel paragrafo precedente si è già avuto modo di precisare che la disciplina dettata dall'art. 421 *bis* c.p.p. ricorda molto da vicino il meccanismo delineato dall'art. 409 comma 4 c.p.p. in quanto entrambe le norme prevedono un controllo sulla completezza delle indagini. Si è infatti esplicitamente affermato che “attraverso l'art. 421 *bis* c.p.p. si delinea tra pubblico ministero e giudice dell'udienza preliminare un tipo di relazione già sperimentato in rapporto all'art. 409 comma 4 c.p.p.”⁶⁰⁶. Tale analogia ha per altro portato la dottrina ad estendere anche alla nuova disposizione le perplessità a suo tempo espresse sulla norma

⁶⁰⁵ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 278.

⁶⁰⁶ D. GROSSO, “*Incompletezza delle indagini ed esercizio dell'azione penale*”, cit., 283.

previgente⁶⁰⁷. Nella specie, poi, pur riconoscendosi la riconducibilità della norma ad un valore costituzionalmente rilevante, qual è quello dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*, al fine di evitare un esercizio solo apparente dell'azione penale medesima, si è ritenuto che una scelta più equilibrata avrebbe dovuto portare a privilegiare, per soddisfare l'esigenza *de quo*, meccanismi di controllo interni agli uffici del pubblico ministero, onde evitare "confusioni di ruoli tra soggetto e parti, suscettibili di alimentare ipotesi di lavoro pregiudizialmente riflesse sul momento decisorio"⁶⁰⁸.

D'altra parte, è difficile non prendere atto che il nuovo art. 421 *bis* c.p.p., unitamente al successivo art. 422 c.p.p., così come sostituito dall'art. 22 della l.

⁶⁰⁷ *Retro*, 3.6, pag. 155 s.

⁶⁰⁸ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2818; id., *L'udienza preliminare; profili di una disciplina in trasformazione*, cit., 148. In dottrina è stata per altro espressa anche una posizione diversa. Si è infatti affermato che nel sistema prevalente "restava alterata la terzietà del giudice dell'udienza preliminare, direttamente coinvolto, sotto le pressioni del magistrato del pubblico ministero e della parte civile, in un gioco di acquisizioni probatorie al quale avrebbe dovuto rimanere estraneo, perché la verifica imparziale di quanto è stato acquisito imporrebbe di escluderne la partecipazione a porre rimedio a precedenti carenze, direttamente e attivamente. La riforma vorrebbe ricondurre l'attività del giudice a verifica di congruenza e sufficienza delle acquisizioni dell'accusa; la previsione dell'art. 421 *bis* c.p.p., della sollecitazione dell'accusa al completamento delle indagini, è intesa a rafforzare e non a comprimere la terzietà" (R. NORMANDO, "Il decreto che dispone il giudizio", in AA.VV, *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, cit., 522 s.). In verità, per quanto la tesi sia interessante ed originale, non sembra, per quanto ci si sforzi, che un sostegno ad essa possa essere trovato nell'esame dei lavori preparatori, che pure l'autrice richiama. Una simile *ratio*, salvo che sia sfuggita, non sembra essere stata mai esplicitata da alcuno. Al contrario, chiare e durissime furono le critiche. Così, l'on. Pecorella (Camera dei deputati, sed. 618 del 11 novembre 1999, resoc. pag. 21) testualmente affermò che per effetto del nuovo art. 421 *bis* c.p.p. "si reintroduce nel processo penale il giudice istruttore [...]. Si prevede che il giudice dell'udienza preliminare può indicare al pubblico ministero di compiere attività d'indagine. Ebbene, ci troviamo nella singolare contraddizione di prevedere che il giudice delle indagini non possa svolgere le funzioni di giudice dell'udienza preliminare, appunto perché fa le indagini, ma prevediamo anche che il giudice dell'udienza preliminare possa svolgere, o direttamente - come vedremo in una norma successiva - o attraverso il pubblico ministero, indagini. Vogliamo dunque avere un po' di coerenza nel fare le leggi? Reintrodurre il giudice istruttore nell'udienza ed eliminarlo perché incompatibile come giudice delle indagini mi sembra sia davvero un fatto scandaloso".

479/99, costituiscono i punti cardine di un disegno legislativo che ha finito per stravolgere completamente la natura e la funzione dell'udienza preliminare, così come essa era stata concepita dal legislatore del 1988. In questo contesto, infatti, l'udienza preliminare costituiva solo un momento di verifica della sostenibilità dell'accusa in dibattimento, e quindi, della legittimità della domanda di giudizio. In questa prospettiva, essa rappresentava un filtro per le imputazioni azzardate, una fase di natura meramente processuale, che, salvo le ipotesi in cui l'udienza preliminare divenisse sede di definizione anticipata del procedimento, non comportava alcun giudizio sul merito della *regiudicanda*. In ossequio a queste finalità, l'udienza preliminare era ispirata a criteri di massima semplificazione procedurale, e la sua disciplina circoscriveva entro limiti assai angusti la possibilità di integrazione probatoria. Preoccupazione dominante, quasi ossessiva, era stata quella di evitare la rinascita del giudice istruttore del codice abrogato. L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, svoltasi soprattutto intorno alla regola di giudizio dettata dall'art. 425 c.p.p. ed alla connessa disputa sul modo di intendere il filtro – a maglie larghe o a maglie strette – portò, nel corso del tempo, ad una progressiva trasformazione dell'udienza preliminare, nell'intento di rivitalizzare un istituto che nella prassi applicativa non era stato in grado di realizzare quella funzione di deflazione che le era stata assegnata.

In fondo, a ben vedere, la vicenda dell'udienza preliminare è addirittura paradossale. Più si cercava di migliorare la funzionalità dell'istituto, più esso

sembrava perdere la sua connotazione originaria, tanto da far dubitare che esso potesse ormai essere qualificato come fase meramente processuale, destinata ad esprimere unicamente un giudizio prognostico sulla sostenibilità dell'accusa. Non s'intende in questa sede ripercorrere le tappe della lunga evoluzione, cominciata subito dopo l'emanazione del nuovo codice, su cui in precedenza ci si è ampiamente soffermati. Interessa invece rilevare che la l. 479/99, per certi versi, non ha fatto altro che recepire soluzioni interpretative già acquisite in dottrina e giurisprudenza, collocandosi dunque rispetto ad esse in assoluta continuità. La medesima legge, tuttavia, va anche oltre, estremizzando talune esigenze emerse nel corso dei primi dieci anni di vigenza del codice di procedura penale, e facendo dell'udienza preliminare "lo snodo fondamentale del processo, per gli immensi poteri istruttori attribuiti al giudice dell'udienza preliminare"⁶⁰⁹. In una logica sostanzialmente inquisitoria, il legislatore ha trasformato l'udienza preliminare in una sorta di dibattimento anticipato, che rischia di schiacciare con il suo peso il significato e l'importanza della fase del giudizio pubblico. Ne deriva una trasfigurazione dell'udienza preliminare, ormai quasi un vero e proprio primo grado di giudizio, mentre, come si è sostenuto, si sarebbe dovuti restare "nel contesto della sua funzione, come filtro per pervenire al dibattimento"⁶¹⁰. Le innovazioni introdotte sembrano allora far perdere all'istituto *de quo* la sua

⁶⁰⁹ G. PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al gup il codice retrocede allo schema inquisitorio*, cit., 60.

⁶¹⁰ L. GRILLI, *Giudice unico e processo penale*, Cedam, Padova, 2000, 322.

originaria e tipica valenza esclusivamente processuale, scaturente dalla funzione di controllo della legittimità della domanda di giudizio e della sostenibilità della richiesta di giudizio avanzata dal magistrato del pubblico ministero. La funzione di filtro delle imputazioni azzardate viene sostituita dalla più pregnante funzione di esprimere un “giudizio di merito sulla fondatezza dell’imputazione, rafforzato dall’ampliamento delle formule terminative della sentenza di non luogo a procedere (art. 425 commi 1 e 3 c.p.p.) e dalla previsione del giudizio di comparazione tra circostanze ai fini della pronuncia di quest’ultima (art. 425 comma 2 c.p.p.)”⁶¹¹. In un simile contesto, ove non fosse pronunciata la sentenza di non luogo a procedere, sarebbe difficile non riconoscere, nella successiva fase dibattimentale, il possibile pregiudizio derivante all’imputato dalla quanto mai approfondita valutazione compiuta dal giudice dell’udienza preliminare, quasi una sorta di anticipazione del giudizio di colpevolezza, derivante da una sostanziale predelibazione della responsabilità penale. Si delinea, allora, un vero e proprio *giudizio preliminare*, “con la conseguenza di trasformare una fase interlocutoria in un preventivo giudizio di merito. Ciò comporta, per un verso, l’inevitabile effetto di oscurare il principio della separazione e dell’autonomia funzionale delle fasi, per altro verso, la pronuncia del giudice dell’udienza preliminare finisce con il gravare sull’imputato come una sorta di prevenzione *in malam partem* ove il giudice del dibattimento non consideri il valore meramente processuale del decreto che

⁶¹¹ N. GALATINI, “La nuova udienza preliminare”, cit., 101.

dispone il giudizio e si lasci condizionare da tale provvedimento”⁶¹². Sembra allora evidente il drastico allontanamento dai principi che avevano ispirato l’opera di codificazione del 1988, con una sempre maggiore valorizzazione dell’udienza preliminare, mediante l’ampliamento dei poteri del giudice che gestisce questa fase processuale, nella specie sotto il profilo dell’integrazione probatoria, tanto da determinare la reviviscenza di prerogative riservate alla soppressa figura del titolare dell’istruzione formale. Appare allora più che giustificato affermare che “l’udienza preliminare ha ora acquistato una ancora più sinistra fisionomia inquisitoria; [...] [il giudice] talvolta è vicario del magistrato del pubblico ministero, sostituendosi a lui quando le indagini sono incomplete, per indicargli le ulteriori indagini da compiere, talaltra sostituisce il difensore, assumendo anche d’ufficio, le prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. [...] Ciò che è più grave è che mentre si era appena approvata la riforma costituzionale del giusto processo, nello schizofrenico legislatore è prevalsa la nostalgia per il giudice istruttore, che è così risorto dalle sue ceneri sotto le mentite spoglie del giudice dell’udienza preliminare”⁶¹³.

⁶¹² M. FERRAIOLI, *La separazione delle fasi; limiti e proiezioni di uno schema*, Relazione presentata al Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Como, 24 – 26 settembre 1999, datt., I, 11.

⁶¹³ L. FILIPPI, *La contumacia, l’assenza e l’allontanamento dell’imputato e l’impedimento del difensore nell’udienza preliminare*, cit., 326 s. Nello stesso senso, C. TAORMINA, “*Riforme da riformare*”, in AA.VV., *Giudice unico e giusto processo; stato della normativa*, in *Giust. pen.*, 2000, I, 4.

In termini più generali, il sistema processuale sembra essere regredito alla logica dell'inquisitorialità garantita. Il legislatore, infatti, non ha certo mancato di accrescere, almeno apparentemente, le garanzie difensive; ma quando ci s'interroga sulle ragioni di questa scelta, è agevole comprendere che il rimedio è peggiore del male. In effetti, potenziata l'udienza preliminare, ora sì vero e proprio emblema del nuovo processo penale, attraverso una consistente amplificazione dei poteri istruttori del giudice dell'udienza preliminare, sminuito di riflesso il dibattimento e incentivato il ricorso ai riti alternativi, nella specie giudizio abbreviato e patteggiamento, che trovano nell'udienza preliminare la sede privilegiata per la definizione anticipata, era gioco forza accrescere le garanzie per l'imputato. Sebbene dunque in dottrina si sia detto che il legislatore, paradossalmente, per tutelare l'imputato, ha ritenuto necessario far ricorso a schemi e principi lontani dall'impostazione accusatoria⁶¹⁴, il procedimento sembra sia stato esattamente opposto. E' stato il ritorno a schemi del passato che ha indotto ad una più adeguata tutela dell'imputato⁶¹⁵.

L'intero disegno è poi dichiaratamente ispirato dall'esigenza di assicurare una maggiore efficienza del sistema processuale. In questa prospettiva si giustifica la volontà di ridurre drasticamente il numero dei processi che possono giungere al dibattimento e, correlativamente, la più pregnante verifica compiuta al giudice

⁶¹⁴ S. GIORDANO, *op. cit.*, 977.

⁶¹⁵ In tal senso, anche A. DIDI, "Rimeditando sulle forme della giurisdizione monocratica", in AA.VV, *Giudice unico e giusto processo; stato della normativa*, cit., 36.

dell'udienza preliminare. Naturalmente, nulla ci sarebbe stato da eccepire sul perseguimento di una finalità deflattiva, ma, come a suo tempo si è avuto occasione di rilevare, l'obiettivo dell'efficienza non può in nessun caso giustificare scelte devastanti sul piano della coerenza del sistema.

Ed allora, quando si afferma che il sistema previsto dai nuovi artt. 421 *bis* e 422 c.p.p. “appare adeguatamente bilanciato”⁶¹⁶, volendosi con ciò controbattere alle critiche che paventano la rinascita del giudice istruttore, si esprime un'opinione che assomiglia più ad una petizione di principio che ad una tesi dimostrabile. Più equilibrata appare la posizione di chi, con riferimento alla più ampia ed approfondita valutazione del giudice dell'udienza preliminare sull'accusa formulata dal magistrato del pubblico ministero, pur riconoscendo che essa realizza una significativa innovazione rispetto al sistema previgente, ritiene che ciò con comporti, necessariamente, un'opzione “di per sé in contrasto con i canoni accusatori”, ma solo la scelta “di un diverso modello tra quelli possibili, fermo restando l'archetipo di riferimento”⁶¹⁷. In effetti, tale opinione appare degna di considerazione, soprattutto se si tiene a mente quanto a suo tempo si è detto in tema di classificazione dei sistemi processuali, che non possono essere assunti come dei rigidi ed imm modificabili blocchi contrapposti, ma assumono varie gradazioni intermedie, che costringono ad una qualificazione solo in termini di tendenzialità. Il

⁶¹⁶ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 98.

⁶¹⁷ R. NORMANDO, “*La nuova udienza preliminare: la riscrittura dei parametri di utilità del giudizio*”, in AA.VV, *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, cit., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, cit., 256.

sospetto è tuttavia che la novella al codice possa aver portato al superamento di quel punto di equilibrio che consente di qualificare un sistema come accusatorio, anche se solo tendenzialmente accusatorio, o, se si preferisce, abbia inopinatamente per così dire espulso il sistema processuale da qual *range* di riferimento, nel quale sono compresi tutti i sistemi più o meno accusatori, ma pur sempre accusatori.

Si tratta di posizioni non nuove in dottrina, certamente radicali, che forse la limitatezza dei mezzi di chi scrive non riesce a supportare adeguatamente, e che in ogni caso, potrebbero essere almeno in parte smentite da un uso non eversivo degli istituti disciplinati dalla legge 479/99. Quel che è certo è che un diffuso stato di malessere serpeggia in dottrina, tanto da indurre ad affermare che la legge Carotti ha riportato “ad una logica di commistione dei sistemi processuali opposta a quella che aveva ispirato il codice del 1989. Quel codice aveva sostituito allo schema processuale misto di tipo verticale (susseguirsi temporale di due fasi, una inquisitoria ed una più marcatamente accusatoria), uno di tipo orizzontale (caratteri del sistema accusatorio, con alcune necessarie concessioni all’inquisitorio); l’attuale riforma segna un ritorno allo schema misto di tipo verticale. Se non si percepisce questo carattere della riforma, difficilmente se ne potranno comprendere i meccanismi”⁶¹⁸.

D’altra parte, nella l. 479/99, nemmeno la tanto declamata efficienza sembra trovare adeguate risposte. Per quello che in questa sede interessa, il risultato finale

⁶¹⁸ G. PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al gup il codice retrocede allo schema inquisitorio*, cit., 60.

sembra essere, com'è stato rilevato in dottrina, un'udienza preliminare "ipertrofica"⁶¹⁹, un istituto che ormai ben poco ha della snellezza e rapidità che gli erano propri, così come era stata concepito. Snellezza e rapidità, naturalmente, non poteva e non doveva significare superficialità della verifica sull'accusa, dovendosi comunque assicurare un adeguato filtro rispetto al dibattimento. Sotto questo profilo, dunque, occorre apportare i necessari correttivi, senza tuttavia giungere al punto in cui l'udienza preliminare diventa un vero proprio giudizio sul merito

⁶¹⁹ V. GREVI, *Oggi via al giudice unico ma ci sono nuove leggi che fermano i processi*, in *Corriere della sera*, 3 gennaio 2000, 16.

della *regiudicanda*⁶²⁰. In dottrina si è tuttavia ritenuto che le durissime critiche formulate nei confronti della nuova disciplina, in verità raramente svincolate dalle logiche di partito e di schieramento politico, “prefigurano piuttosto interpretazioni distorsive”, in quanto tali non condivisibili perché “la *ratio legis* è diversa da un sostanziale avvicinamento della funzione del giudice dell’udienza preliminare a

⁶²⁰ Del resto, i problemi qui esposti furono già lamentati nel corso dei lavori preparatori. Così, l’on. Mantovano, (Camera dei Deputati, sed. 621 del 16 novembre 1999, resoc. pag. 14) rilevò che “l’udienza preliminare diventa una sorta di snodo ferroviario ad alto rischio di incidenti, per la presenza di disposizioni contraddittorie ed incoerenti [...] Il giudice dell’udienza preliminare – si pensi, soprattutto, ai nuovi art. 421 *bis* e 422 c.p.p. – svolge spesso un’attività d’iniziativa che compete al pubblico ministero, sovrapponendosi a questo e determinando le condizioni per la propria incompatibilità. Inoltre, la discrezionalità del giudice dell’udienza preliminare è eccessiva sia al momento della verifica dell’incompletezza degli elementi di prova, sia al momento della diretta integrazione di quegli elementi, sia al momento di disporre la citazione a giudizio dell’imputato, come emerge dalla formulazione dei commi 3 e 4 del nuovo art. 425 c.p.p.”. *Ibidem*, l’on. Pecorella (resoc. pag. 17), senza mezzi termini affermò: “[...] stiamo seppellendo il processo accusatorio. Badate, il processo accusatorio non è solo una formula, non è un modo di definire un tipo di processo, ma è un modo di concepire la democrazia. Processo accusatorio vuol dire parità tra Stato e persona umana, vuol dire che il giudice è terzo rispetto alle parti in posizione di parità. [...] Oggi il giudice dell’udienza preliminare svolge le funzioni di giudice istruttore; compie direttamente attività d’indagine, con una contraddizione, secondo me, illogica e della quale dovremmo vergognarci, per cui, mentre rendiamo incompatibile il giudice per le indagini preliminari con il giudice dell’udienza preliminare, perché il giudice per le indagini preliminari ha svolto le indagini, nello stesso momento rendiamo compatibile per il giudice dell’udienza preliminare lo svolgimento di indagini”. Ed ancora, il sen. Pera (Senato della Repubblica, sed. n. 734 del 15 dicembre 1999) si espresse in questi termini: “[...] come può un giudice terzo ed imparziale avere il potere dispositivo che ho appena indicato, quello per l’appunto di indicare nuove linee di ulteriori indagini, di disporre d’ufficio l’assunzione di prove, e così via? Questo è un giudice che assomiglia molto, intervenendo con una sua valutazione sulle indagini preliminari, al vecchio giudice istruttore. Sarà un giudice che garantisce di più l’imputato, più oculato, tutto quello che si vuole, ma è un giudice che, dicendo che le indagini sono incomplete, o disponendo l’assunzione di prove, interviene e che difficilmente sarà compatibile con quel giudice terzo ed imparziale della Costituzione così come innovata sul punto [...]. Si tratta di una discrasia; perciò mi chiedo: cosa è più l’udienza preliminare? Questa potrebbe essere concepita come una sorta di [...] dibattito o di predibattimento”. *Ibidem*, il sen. Follieri ribatteva che “indubbiamente, fa specie il fatto che il giudice, sia pure ufficiosamente, si possa sostituire alle parti, che sono le uniche vere protagoniste di un processo, sia pure tendenzialmente accusatorio; lei dimentica tuttavia che queste disposizioni riguardano l’udienza preliminare, cioè un’udienza in cui il giudice non è investito di una giurisdizione *plena*, bensì *semi-plena*; il che sta a significare che il giudice può soltanto adottare una sentenza di non doversi procedere, quindi una decisione favorevole all’imputato, oppure disporre il rinvio a giudizio”.

quella propria dell'istruzione del codice di procedura del 1930, che era *dominus* e propulsore dell'istruzione formale"⁶²¹.

3.20 segue: e) il nuovo art. 422 c.p.p.

Per cogliere con immediatezza la prospettiva radicalmente nuova in cui è chiamato ad operare il giudice dell'udienza preliminare, appare opportuno, a costo di ripetersi, un breve richiamo ad argomentazioni già a suo tempo svolte.

Nella *Relazione*, come si è in qualche misura anticipato, si affermò che “il controllo giurisdizionale volto a delibare il fondamento dell'accusa non si traduce in un controllo così penetrante da assumere compiti di supplenza rispetto alle lacune nei risultati delle indagini svolte dal pubblico ministero o alle carenze nell'esercizio dell'attività difensiva. Al riguardo, la scelta fissata dalla legge delega è chiarissima: al giudice dell'udienza preliminare è negato qualsiasi potere di iniziativa nella raccolta della prova, anche quello residuale e suppletivo che viene riconosciuto al giudice del dibattimento. Si è voluto porre rimedio al pericolo della rinascita di un'attività istruttoria, accogliendo l'orientamento secondo cui, abolito il giudice istruttore, il giudice dell'udienza preliminare è privato di ogni potere o facoltà d'istruzione"⁶²².

⁶²¹ R. NORMANDO, “*Il decreto che dispone il giudizio*”, cit., 523 s.

⁶²² *Relazione*, cit., 101. *Retro*, 3.8, 169.

D'altra parte, la Corte costituzionale, con la sent. n. 64 dell'8 febbraio 1991⁶²³, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale proposta nei confronti dell'art. 422 c.p.p., in relazione ai limiti all'attività probatoria in esso previsti, rilevò che il legislatore aveva voluto evitare “che una valutazione approfondita del merito dell'imputazione da parte del giudice dell'udienza preliminare potesse avere, come per il passato, un'influenza condizionante sulla successiva fase del giudizio”.

Ora, per quanto concerne la nuova disciplina dettata dall'art. 422 c.p.p., il comma 1 della disposizione in commento stabilisce che “quando non provvede a norma del comma 4 dell'art. 421, ovvero a norma dell'art. 421 *bis*, il giudice può disporre anche d'ufficio l'assunzione delle prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere”. Al di là dell'eventuale riconoscimento della possibilità di procedere all'integrazione probatoria anche in via successiva rispetto all'integrazione delle indagini *ex art. 421 bis c.p.p.*, ci si è giustamente chiesti come sia possibile che il giudice ritenga le indagini complete, e ciò nonostante valuti la causa non decidibile allo stato degli atti. Sotto questo profilo, l'art. 422 c.p.p. rivela un margine operativo assolutamente esiguo, in quanto il giudice potrebbe disporre l'integrazione probatoria quando la relativa esigenza sorga a seguito di elementi acquisiti solo dopo la chiusura delle indagini preliminari, così ché nulla possa essere imputato al magistrato del pubblico

⁶²³ *Cass. pen.*, 1991, II, 422.

ministero sotto il profilo della completezza delle indagini, come potrebbe accadere, per esempio, a seguito dell'interrogatorio cui l'imputato abbia chiesto di essere sottoposto *ex art. 422 comma 4 c.p.p.*⁶²⁴ Ciò induce pertanto a descrivere l'ipotesi di integrazione disciplinata dall'art. 422 c.p.p. in termini di residuali rispetto al precedente art. 421 *bis* c.p.p. "perché si verifica quando l'esigenza di un'ulteriore acquisizione istruttoria sia conseguenza di una richiesta di prova o, comunque, di una tesi difensiva prospettata dall'imputato solo dopo che il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale con la richiesta di rinvio a giudizio"⁶²⁵.

D'altra parte, la residualità della disposizione in commento discende anche dal fatto che l'attività d'integrazione probatoria è subordinata all'evidente decisività ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere. In relazione a questo profilo, emergono una pluralità di aspetti problematici. Innanzi tutto, non è più prevista la possibilità di ammettere prove decisive a carico. Tale innovazione è stata valutata positivamente in dottrina, in quanto, "è inutile che una situazione processuale già sufficientemente compromessa all'esito delle indagini, venga aggravata sotto il profilo probatorio dal giudice dell'udienza preliminare. Nell'impossibilità di emettere una sentenza ai sensi dell'art. 425 comma 3 c.p.p., la

⁶²⁴ A. DE CARO, *op. cit.*, 423 s.

⁶²⁵ A. NAPPI, *Il "111" e la riforma processuale rilanciano lo spirito dell'89; entusiasmi e allarmismi ingiustificati*, in *Diritto & Giustizia*, 1/2000, 8.

raccolta di prove decisive a carico non potrà che creare un pregiudizio in capo all'imputato che si trovi comunque ad affrontare la verifica dibattimentale"⁶²⁶.

La disposizione in commento, secondo quanto si è rilevato, sembrerebbe tradursi in una di funzione tutoria attribuita al giudice dell'udienza preliminare a favore dell'imputato⁶²⁷. In realtà, questa sorta di super tutela dell'imputato è più che altro apparente. Infatti, che il giudice assuma prove effettivamente a favore dell'imputato non è affatto garantito, in quanto il limite teorico costituito dal potere di assumere d'ufficio solo prove manifestamente decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere, non può fungere da delimitazione concreta del potere del giudice, così che questi potrebbe anche integrare il materiale probatorio con funzione del tutto diversa da quella di giungere al proscioglimento. Più in particolare, l'attività probatoria viene disposta dal giudice sulla base della sua prevedibile, prevista ed inequivoca attitudine a condurre alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere. Tuttavia, una volta assunta la prova, essa potrebbe rivelarsi inidonea allo scopo o addirittura esprimere una rilevanza esattamente opposta, ossia tale da dover condurre al decreto che dispone il giudizio. In quest'intrinseca ambiguità del meccanismo disciplinato dall'art. 422 c.p.p. si nasconde la possibilità di eventuali prassi certamente non scientemente volute dal legislatore, che però possono in ogni caso indurre il giudice ad un uso

⁶²⁶ G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagini e processo*, cit., 870.

⁶²⁷ R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LV.

eversivo dei poteri attribuitigli, che può giungere fino al tentativo di formulare proprie ipotesi di ricostruzione del fatto, attraverso lo svolgimento di un'autonoma attività probatoria di carattere suppletivo. In questi casi si potrebbe assistere “all’acquisizione di dati che, seppur formalmente raccolti al fine di pervenire ad una sentenza di non luogo a procedere, evidenzerebbero ben presto la loro natura di elementi antagonisti rispetto alla linea difensiva dell’imputato”⁶²⁸. Poiché, secondo quanto si ritiene, deve essere esclusa l’inutilizzabilità perché ciò che conta è solo che la prova sia legittimamente acquisita⁶²⁹, ne deriva che l’unica alternativa per l’imputato che voglia scongiurare questi rischi è quella di rinunciare all’udienza preliminare, optando per il giudizio immediato⁶³⁰.

Occorre poi fare un’ulteriore considerazione. Si è già detto che l’art. 425 comma 3 c.p.p. impone la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l’accusa in giudizio. Emerge tuttavia un elemento di contraddizione rispetto all’art. 422 c.p.p. Quest’ultimo, come detto, richiede l’evidente decisività della prova ai fini della sentenza di non luogo a procedere, rispondendo a questo requisito una prova tale da non richiedere, in fase di apprezzamento “un impegno valutativo da parte del giudice”⁶³¹. Ma, se la sentenza

⁶²⁸ P.P. RIVELLO, in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, 396.

⁶²⁹ S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, cit., 982.

⁶³⁰ P.P. RIVELLO, *op. cit.*, 396.

⁶³¹ G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, cit., 399.

di non luogo a procedere deve essere pronunciata anche nelle ipotesi contemplate dall'art. 425 comma 3 c.p.p., “potrebbero emergere esigenze accertative [...] dirette a dimostrare la mera insufficienza degli elementi raccolti dal magistrato del pubblico ministero o la loro inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio”⁶³². E lo stesso potrebbe accedere per la valutazione riguardante le circostanze (art. 425 comma 2 c.p.p.). Tali esigenze, a rigor di logica, non potrebbero essere soddisfatte in virtù dei poteri d'integrazione probatoria previsti dall'art. 422 c.p.p., in quanto essi sono preordinati all'assunzione di prove in via immediata decisive ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, nel senso sopra specificato, e non prove tali da supportare l'affermata insufficienza, contraddittorietà o la praticabilità del giudizio di comparazione tra circostanze, richiedendosi in tali ultimi casi un'operazione logico – deduttiva che comunque va al di là dei parametri dell'evidenza. Se n'è pertanto dedotto che “quello dell'evidente decisività costituisce un limite che non consente la piena funzionalità del meccanismo acquisitivo e che è oggettivamente, alla radice, inconciliabile con la nuova regola di valutazione dell'udienza preliminare”⁶³³.

⁶³² A. DE CARO, *op. cit.*, 425.

⁶³³ A. DE CARO, *loc. cit.*, 425. Altri ha tuttavia affermato che “dal necessario raccordo con l'art. 425 comma 3 c.p.p. discende che quella decisività debba comunque essere pronosticata anche in vista della capacità di apportare elementi significativi di contraddizione nel quadro complessivo delle risultanze e che, ove queste presentino lacune ed incongruenze non rimediabili in dibattimento, il giudice non dovrà attivarsi ai sensi dell'art. 422 c.p.p., ma semplicemente pronunciare una sentenza di non luogo a procedere (D. GROSSO, “Integrazione probatoria: prognosi di decisività delle prove in funzione del non luogo a procedere, in AA.VV, *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 284).

Se, per un verso, i confini del supplemento probatorio previsto dall'art. 422 c.p.p. sono stati ridotti, per un altro verso essi sono stati consistentemente ampliati, in quanto il giudice non si limita più solo ad indicare alle parti temi nuovi od incompleti, ammettendo le prove richieste dalle parti, decisive ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere o del decreto che dispone il giudizio, ma può anche procedere d'ufficio. In ogni caso, la locuzione utilizzata – *anche d'ufficio* – implica che normalmente il giudice provvede su richiesta delle parti.

In ordine all'individuazione delle parti legittimate vi è dissenso in dottrina. Da una parte, infatti, si ritiene la richiesta probatoria possa essere avanzata solo dall'imputato, dal responsabile civile e dal civilmente obbligato per la pena pecuniaria, ma non dal magistrato del pubblico ministero e dalla parte civile⁶³⁴. Altri ha invece sostenuto che è ipotizzabile nella prospettiva dell'accusa, un interesse a far assumere prove che sebbene ammesse nell'interesse dell'imputato, si rivelano inidonee allo scopo, e che quindi, sotto questo profilo, si risolvono in un vantaggio per l'accusa⁶³⁵.

A prescindere da tale ultimo rilievo, l'iniziativa *ex officio* del giudice dovrebbe in un certo senso essere pur sempre subordinata al potere riconosciuto alle parti, in quanto il giudice dovrebbe attivarsi autonomamente solo quando “esse non siano in

⁶³⁴ A. NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, 2000, cit., 2829.

⁶³⁵ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2829.

grado o non vogliono accogliere il suggerimento” concernente le prove che debbono richiedere⁶³⁶. Questo almeno è quello che si è sostenuto. La tesi in verità appare quantomeno singolare. Che senso ha dire che il giudice dovrebbe fornire alle parti – magari sommessamente – un suggerimento sulle prove da assumere, e che se le parti non accolgono il suggerimento il giudice provvede d’ufficio? E se anche le parti aderiscono all’invito, la differenza rispetto all’iniziativa *ex officio* non è forse puramente formale? Francamente questa sembra la classica “foglia di fico”, per rendere più accettabile un potere istruttorio destinato a suscitare vivaci polemiche. Tanto vale la pena dire che le parti possono avanzare la richiesta probatoria, ma se non lo fanno il giudice provvede d’ufficio.

In ogni caso, anche quando le parti legittimate sollecitano lo svolgimento dell’attività probatoria, non è detto che il giudice provveda in tal senso, perché presupposto per l’applicazione della disposizione in esame è pur sempre che il giudice dell’udienza preliminare ritenga di non poter decidere allo stato degli atti. Più in particolare, se sussistono le condizioni di cui all’art. 425 comma 3 c.p.p., il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Il problema è però capire che cosa accade quando il giudice ritiene di avere elementi sufficienti per decidere, ma egli sia orientato a disporre il rinvio a giudizio. In questo caso, poiché il giudice può procedere ai sensi dell’art. 422 c.p.p. *quando non provvede a norma del comma 4 dell’art. 421*, si dovrebbe ritenere che il giudice dell’udienza preliminare

⁶³⁶ G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, cit., 397.

può emettere il decreto di rinvio a giudizio, senza dover svolgere l'attività probatoria richiesta, per esempio, dall'imputato, attività diretta all'acquisizione di elementi idonei a condurre alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere. Questa tesi, sostenuta da una parte della dottrina⁶³⁷, sembrerebbe essere quella maggiormente aderente al tenore letterale della disciplina in esame. In senso contrario si è però affermato che la tesi diretta a negare l'assunzione probatoria ove il materiale raccolto sia già adeguato alla pronuncia del decreto di giudizio tenderebbe a comprimere fortemente il diritto alla prova e, soprattutto, negherebbe la portata deflattiva sicuramente insita nel meccanismo espresso dall'art. 422 comma 1 c.p.p.⁶³⁸. Tali considerazioni appaiono certamente condivisibili. Mette conto, tuttavia, fare una precisazione. A ben vedere, ove sussistano elementi che se adeguatamente vagliati nel corso delle indagini preliminari avrebbero portato ad una richiesta di archiviazione o almeno, in udienza preliminare, alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, qualora il magistrato del pubblico ministero insista sulla tesi accusatoria, se il giudice dell'udienza preliminare rileva sotto questo profilo l'incompletezza delle indagini, può, anzi deve innanzi tutto disporre l'integrazione delle indagini ai sensi dell'art. 421 *bis* c.p.p. Sarà poi l'eventuale insuccesso di quest'ultimo a legittimare il giudice dell'udienza preliminare a procedere all'attività d'integrazione probatoria *ex art.* 422 c.p.p., per

⁶³⁷ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 379.

⁶³⁸ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2829.

superare la lacunosità delle indagini preliminari, che allo stato degli atti sembrano indirizzare verso il decreto che dispone il giudizio⁶³⁹.

In forza del comma 2 dell'art. 422 c.p.p., “il giudice, se non è possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e delle persone indicate nell'art. 210 di cui siano stati ammessi l'audizione o l'interrogatorio”. Tale ultima disposizione viene in rilievo non tanto per quanto riguarda le modalità temporali di svolgimento dell'attività probatoria – immediatamente o alla nuova udienza fissata dal giudice – posto che sotto questo profilo viene sostanzialmente ripetuta la disciplina del previgente art. 422 comma 4 c.p.p.⁶⁴⁰, ma piuttosto in relazione all'individuazione della tipologia delle prove che possono essere assunte. In dottrina generalmente si ritiene che il legislatore non abbia in alcun modo voluto circoscrivere l'attività probatoria ad alcuni mezzi di prova tassativamente determinati, in tal modo superando il disposto del previgente art. 422 c.p.p., almeno secondo quella che era la sua interpretazione dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza. Si è infatti affermato che “nulla sembra impedire al giudice, in virtù del nuovo art. 422 c.p.p., di disporre, anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova diversi da quelli implicitamente desumibili

⁶³⁹ *Retro*, 3.18, nota 589.

⁶⁴⁰ Da notare che non è stato ripetuto il disposto del comma 6 dell'art. 422 c.p.p. previgente, che prevedeva che “la citazione delle persone di cui il giudice ha ammesso l'audizione o l'interrogatorio è notificata a cura della parte che ne ha fatto richiesta”. Se ne desume che a tali adempimenti si deve provvedere d'ufficio.

dall'anzidetto comma 2⁶⁴¹. D'altra parte, questa interpretazione trova conferma nella nuova fisionomia dell'udienza preliminare, assai più simile, oggi, ad un dibattimento anticipato che ad una verifica preliminare, grazie ad una valutazione, per così dire a tutto campo dell'accusa formulata dal magistrato del pubblico ministero, valutazione in funzione della quale è pienamente coerente che il giudice possa avvalersi di tutti mezzi di prova previsti, senza più subire le limitazioni originariamente imposte, ritenute giustificate proprio in virtù delle esigenze di speditezza e di economia processuale che caratterizzavano l'udienza preliminare.

Per altro, in dottrina non manca una posizione minoritaria che sostiene la tesi della tassatività in virtù della “conservata natura e funzione dell'udienza preliminare nella quale può dirsi che una pretermissione di accesso a taluni mezzi di prova conserva una sua giustificazione che sfugge a censure con la Carta fondamentale, se è vero che solo nel dibattimento il diritto alla prova deve trovare la sua piena e massima espansione”⁶⁴².

Prima di proseguire è necessaria una precisazione sul piano terminologico che attiene all'uso del termine *prove* nel testo dell'art. 422 c.p.p. Tale uso in effetti desta qualche perplessità, in quanto, com'è stato rilevato, “essendo la formazione della prova riservata al dibattimento e solo eccezionalmente all'incidente probatorio, risulta di tutta evidenza che nel corso dell'udienza preliminare la

⁶⁴¹ R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LV.

⁶⁴² A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali, la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, cit., 541.

terminologia *prove* è almeno impropria perché si riferisce ad *elementi* che non possono essere definiti prove in senso tecnico pur se hanno una valenza dimostrativa storica e logica”⁶⁴³. L’utilizzo del termine prove sarebbe quindi frutto di una “erronea indicazione” del legislatore, sul piano dell’inquadramento sistematico degli atti in questione.

In verità, sembra che si debbano distinguere due diversi aspetti. Sul piano della *ratio legis*, è presumibile che nell’utilizzo del termine *prove* non si sia fatto altro che applicare, sia pure in un diverso contesto normativo, le medesime argomentazioni, per quanto non condivisibili, che erano state alla base della formulazione dell’originario art. 422 c.p.p., a suo tempo già esaminate⁶⁴⁴. Sul piano pratico operativo, poi, a prescindere dalle considerazioni attinenti all’eventuale pregiudizio, se non altro sul piano psicologico, che può derivare all’imputato che si trovi comunque sottoposto al dibattimento, pregiudizio scaturente dalle caratteristiche della nuova udienza preliminare, che potrebbe determinare nel giudice una sorta di prevenzione di inevitabilità della condanna, il legislatore opta – e questa scelta non potrebbe certo essere inficiata, di per sé, da un uso improprio del termine prove - per una rilevanza degli atti dell’udienza preliminare, formalmente ed ordinariamente limitata entro i confini della fase. In funzione di ciò, le modalità di escussione delle prove dichiarative sono diverse rispetto a quelle

⁶⁴³ A. DE CARO, *op. cit.*, 422. Utilizza l’espressione “elementi di prova” anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 379.

⁶⁴⁴ *Retro*, 3.12, pag. 276 ss.

tipiche del dibattimento, e, d'altra parte, come riconosce anche la citata dottrina, il legislatore discorre nello stesso art. 422 c.p.p. di interrogatorio e di audizione e non di esame dell'imputato o del testimone.

In dottrina si è tuttavia affermato che “l'attività di acquisizione probatoria di questo novello giudice istruttore è ormai dotata di una rilevanza processuale notevolmente accresciuta”⁶⁴⁵ a causa delle modifiche introdotte che sembrano aver ormai definitivamente messo in crisi il principio della separazione delle fasi. Così, il verbale dell'udienza preliminare può essere redatto in forma integrale, il che assume rilevanza anche in relazione all'eventuale utilizzazione dibattimentale; l'audizione dell'imputato può avvenire nelle forme dell'esame incrociato; il nuovo art. 431 c.p.p. prevede che su accordo delle parti possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e la documentazione relativa all'attività d'indagine difensiva. Tali innovazioni, unitamente al regime delle contestazioni, oltre che naturalmente gli enormi poteri istruttori attribuiti al giudice dell'udienza preliminare, “rappresentano le coordinate di [un] pericoloso mutamento di stile”.

Il problema è però capire se questo mutamento di stile sia per così dire solo potenziale o tendenziale, o si sia già tradotto in una realtà di fatto, eventualmente estrinsecatesi attraverso precise scelte di politica legislativa. La posizione, magari troppo categorica, che si è esposta nel paragrafo precedente, rende comunque già

⁶⁴⁵ S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, cit., 981.

abbastanza esplicito il pensiero di chi scrive. Appare allora espressione di ambiguità o forse, più benevolmente, indice di una malcelata concezione fideistica, affermare che “la nuova disciplina dell’udienza preliminare non può stravolgere il principio cardine del sistema processuale – principio, per altro, ribadito e rafforzato con la recente modifica dell’art. 111 Cost. – secondo cui la prova si assume solo nel dibattimento ed esclusivamente in situazioni particolari e tassativamente indicate dalla norma fuori dal suo contesto, con le modalità dell’incidente probatorio”⁶⁴⁶. Certamente in linea di principio non ci sarebbe nulla da eccepire. Il problema è però che il disegno complessivo del legislatore sembra essere, in una certa misura anche consapevolmente, ispirato ad una logica eversiva rispetto alle idealità da cui era nato il codice del 1988. E si badi, a tal fine non gioca una singola norma o un singolo istituto, ma la filosofia complessiva dell’intervento legislativo che, pur con qualche apprezzabile slancio a garanzia della posizione dell’imputato, appare difficilmente conciliabile con un elevato tasso di accusatorietà del sistema.

La funzione del processo è un qualche cosa da rilevare, da accertare, in una prospettiva vicina più a quella dello scienziato che a quella del filosofo. Occorre allora prendere atto che il legislatore, nell’attuale momento storico, nella coppia garanzia – efficienza sembra, almeno nelle intenzioni, aver fatto prevalere la seconda, intesa sia come esigenza di economia processuale e quindi di più celere definizione della causa, sia come esigenza di un più compiuto accertamento del

⁶⁴⁶ A. DE CARO, *op. cit.*, 430.

fatto. A nulla vale rilevare che la novella ha delineato un'udienza preliminare "inserita all'interno di un disegno di ristrutturazione teso ad incrementare l'efficienza del processo, senza rinunciare alla sua struttura originaria. In quest'ottica, [...] il legislatore ha mantenuto un momento di verifica sulla consistenza dell'accusa in funzione di filtro tra indagini e dibattimento, optando tuttavia per un ampliamento dei poteri del giudice incaricato di tale verifica e per un conseguente spostamento del baricentro del processo in questa fase intermedia"⁶⁴⁷. In realtà, è proprio questa sorta di anticipazione del giudizio che incide sulla qualificazione del processo. Se l'udienza preliminare diventa una sorta di giudizio di merito, non c'è più una fase intermedia tra le indagini preliminari ed il dibattimento, ma c'è solo una valutazione di natura non più solo processuale sulla *regiudicanda*, senza le garanzie della giurisdizione piena. Che questo sia ancora un sistema accusatorio è tutto da dimostrare, a nulla rilevando il fatto che il legislatore non abbia consacrato ufficialmente il passaggio, automatico ed in blocco, del materiale raccolto nella fase preliminare nel successivo dibattimento.

Del resto basta una semplice considerazione. Il sistema processuale del codice Rocco, nato come inquisitorio, sia pure nella logica del c.d. sistema misto, con il passare del tempo degradò vero la c.d. inquisitorietà garantita. Rimaneva però pur sempre un sistema inquisitorio, a causa del modo in cui era articolata la successione delle fasi: un'istruzione ispirata a criteri inquisitori; il dibattimento

⁶⁴⁷ G. GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagine e processo*, cit., 869.

formalmente conformato ai canoni accusatori. Come a suo tempo si vide, le garanzie difensive riconosciute gradualmente dalla legislazione repubblicana con riguardo alla fase istruttoria, non riuscirono ad alterare la connotazione fondamentale del sistema, perché la fase precedente il vero e proprio processo era pur sempre ispirata a criteri di inquisitorialità. Per converso, rispetto al codice del 1988, un intervento così radicale sulla fase precedente a quella che dovrebbe essere istituzionalmente deputata ad esprimere il giudizio di merito sull'imputazione, secondo i criteri dell'oralità e dell'immediatezza, che invece viene marginalizzata in funzione di una maggiore efficienza, non può non incidere sulla configurazione complessiva del sistema.

Ritornando più specificatamente alla disciplina dell'art. 422 c.p.p., il comma 3 stabilisce che "l'audizione e l'interrogatorio delle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero ed i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'art. 421, comma 2. Successivamente, il pubblico ministero ed i difensori formulano ed illustrano le rispettive conclusioni". Le prove dichiarative sono quindi assunte con metodo inquisitorio, in quanto spetta al giudice condurre l'audizione o l'interrogatorio, eventualmente formulando le domande indicategli dalle parti. L'imputato può in ogni caso chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio, per il quale l'art. 422 comma 4 c.p.p. richiama l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p., mentre, su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio si svolga

nelle forme previste dagli artt. 498 e 499 c.p.p. La disposizione, che in tal modo replica quanto già previsto dall'art. 421 comma 2 c.p.p., come modificato dalla l. 267/97, sancisce quindi il diritto dell'imputato, all'esito dell'attività di integrazione probatoria prevista dai primi tre commi dell'art. 422 c.p.p., di rendere di nuovo interrogatorio, che dovrà essere disposto dal giudice prescindendo tra l'altro dal presupposto dell'evidente decisività. Tale diritto era per altro già previsto dal previgente art. 422 comma 3 c.p.p., il quale però non contemplava espressamente la possibilità che l'interrogatorio si svolgesse nelle forme dell'esame incrociato, sebbene in dottrina si ritenesse che la disciplina dell'art. 421 comma 2 c.p.p., che invece rinvia a tale normativa, fosse applicabile in via analogica anche all'interrogatorio di cui all'art. 422 c.p.p.⁶⁴⁸. Questione questa di notevole rilevanza, in quanto interferente con il problema dell'utilizzabilità in dibattimento delle dichiarazioni rese dall'imputato in udienza preliminare, in relazione all'art. 514 c.p.p.

Infine, a differenza di quando prevede ora l'art. 421 comma 2 c.p.p., l'art. 422 c.p.p. non contempla la possibilità per l'imputato di rendere dichiarazioni spontanee.

⁶⁴⁸ M. FERRAIOLI, "Il nuovo sistema delle letture dibattimentali", in AA.VV., *Le nuove leggi penali; commenti a prima lettura*, coordinati da A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, a cura di A.A. DALIA, Giuffrè, Milano, 1998, 141.

3.21 segue: f) la nuova regola di giudizio.

L'art. 23 della l. 479/99 ha sostituito l'art. 425 c.p.p. Rispetto al testo originario, la nuova disposizione se per un verso ha sostanzialmente riprodotto i primi due commi, che ora sono diventati, rispettivamente, i commi 1 e 5, per altro verso ha aggiunto tre nuovi commi che finiscono per recepire orientamenti dottrinari e giurisprudenziali maturati prima della riforma.

La norma prevede al comma 1 che il giudice pronuncia la sentenza di non luogo a procedere se *sussiste* una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando *risulta* che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa. Il comma 2 aggiunge che il giudice, ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere deve tener conto delle circostanze attenuanti, mentre il comma 3, come già anticipato, prevede che il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti *risultano* insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. La pronuncia della sentenza di non luogo a procedere è invece esclusa quando il giudice ritiene che si debba applicare una misura di sicurezza (comma 4). Infine, il comma 5 richiama l'art. 537 c.p.p., in materia di dichiarazione di falsità di un atto o di un documento.

Nell'esame di questa disposizione, il primo profilo sul quale occorre soffermarsi è quello squisitamente letterale e semantico. Si è già detto che la giurisprudenza di legittimità nell'interpretare l'originario art. 425 c.p.p., nella specie in rapporto all'art. 129 c.p.p., aveva affermato che “[...] la percezione di una risultanza richiede un impegno meramente passivo di disponibilità alla ricezione del messaggio promanante da qualche cosa di oggettivo, immediatamente percepibile da un soggetto che non viene impegnato in un'attività di ricerca estesa oltre i limiti della constatazione”, mentre, l'attività del riconoscere richiesta dall'art. 129 c.p.p., implica “ineliminabili connotazioni di soggettività”⁶⁴⁹. Si è anche detto che da tale impostazione derivava un'interpretazione assolutamente restrittiva dell'art. 425 c.p.p., destinato ad operare entro i limiti di dati emergenti in modo oggettivamente ed inequivocabilmente constatabile.

Ora, anche dopo la novella, l'art. 425 c.p.p. continua ad utilizzare nei commi 1 e 3 l'espressione “risulta”, mentre nulla è cambiato in merito all'art. 129 c.p.p. Ciò, come giustamente si osservato in dottrina, potrebbe portare a ritenere ancora oggi validi i rilievi interpretativi a suo tempo formulati dalla Cassazione⁶⁵⁰. Tale interpretazione, tuttavia, anche a prescindere dalla tesi della trasformazione dell'udienza preliminare in un vero e proprio giudizio di merito, sarebbe decisamente in contrasto con l'obbiettivo incremento dei poteri di valutazione del

⁶⁴⁹ Cassazione penale, sez. VI, 15 giugno 1998, cit.; *retro*, 3.9, pag. 205 e 210.

⁶⁵⁰ R. NORMANDO, “*La nuova udienza preliminare: la riscrittura dei parametri di utilità del giudizio*”, cit., 274.

giudice dell'udienza preliminare conseguente alla l. 479/99. Non resta quindi che confutare l'interpretazione della Corte. A tal fine, la citata dottrina, attraverso una più ampia ricostruzione del significato attribuito al termine "risulta" nel codice di procedura penale, conclude affermando che ogni qual volta esso è "propedeutico ad atti del giudice o a consentirgli l'utilizzazione di un dato materiale processuale, qualsiasi riferibilità del termine all'oggettività viene meno", mentre è l'espressione "riconoscere" che implica un minor grado di apprezzamento soggettivo⁶⁵¹. Da questa tesi, evidentemente esattamente opposta a quella della Corte di cassazione, discende che "sul piano strettamente terminologico, la novella non necessitava di formule diverse da quelle adoperate e già tradizionali, per affermare la maggiore ampiezza del potere – dovere di verifica del giudice dell'udienza preliminare, nessuna limitazione derivando dall'uso del verbo nelle sue forme impersonali *risulta* e *risultano*, in luogo di quella *riconoscere* presente nell'art. 129 c.p.p. con riferimento ad una situazione nella quale, invece, l'ambito di valutazione è ben più ridotto"⁶⁵².

I rilievi sopra esposti sembrano conservare validità del tutto indipendente dalla questione attinente alla fisionomia dell'udienza preliminare, da intendere come una

⁶⁵¹ R. NORMANDO, *op. cit.*, 279.

⁶⁵² R. NORMANDO, *op. cit.*, 281. *Ibidem*, si è anche aggiunto che "non sarebbe coerente che il potere di definire la vicenda processuale fosse più ampio in una condizione di contraddittorio non assente ma perlomeno contratto, e, invece, ridotto quando le parti fossero maggiormente poste in condizione di interloquire. L'obbligo di declaratoria immediata, contemplato quale regola generale dall'art. 129 c.p.p., per sua natura attiene a ciò che è immediatamente percepibile ed accertabile dagli atti, pur se può non essere evidente, come si argomenta *a contrario* dal comma 2".

sorta di dibattimento anticipato ovvero ancora solo come filtro per le imputazioni azzardate, sia pure a maglie assai più strette di quanto avveniva per il passato e, conseguentemente, dal problema della qualificazione della sentenza di non luogo come sentenza di merito o come sentenza di natura processuale. Per vagliare questo aspetto si può partire da un ulteriore profilo terminologico. Anche dopo la riforma, è rimasta la diversità letterale tra la prima e la seconda parte dell'art. 425 comma 1 c.p.p. Infatti, mentre per le cause di estinzione, di improcedibilità e la non previsione del fatto come reato si usa l'espressione "sussistere", per la non sussistenza del fatto, la non commissione da parte dell'imputato, la non punibilità, nonché per l'ipotesi in cui il fatto non costituisce reato, si utilizza l'espressione "risulta". Secondo quanto rilevò la Cassazione rispetto al previgente art. 425 c.p.p., "il differente criterio trova giustificazione nel fatto che nel primo caso è richiesta una valutazione essenzialmente giuridica, mentre il secondo (soluzioni di merito) comporta un giudizio di fatto. La necessità di una siffatta risultanza non è invece prevista per il giudice del dibattimento, che adotta le formule di assoluzione se sussiste la relativa situazione. Non può ritenersi che si tratta di irrilevanti varianti lessicali"⁶⁵³, ma di un elemento da cui può trarsi la volontà del legislatore di mantenere la regola di giudizio prevista dall'art. 425 c.p.p. su di un piano diverso rispetto a quella contenuta nell'art. 530 c.p.p., dovendo essa essere riportata su di un piano di "tendenziale unificazione" con quella dell'art. 125 disp. att. c.p.p., di

⁶⁵³ Cassazione penale, sez. VI, 9 ottobre 1995, cit.; *retro*, 3.8, pag. 190 s.

modo che il giudice dell'udienza preliminare dovrebbe esprimere una valutazione di tipo prognostico dello stesso tipo di quella espressa dal magistrato del pubblico ministero di fronte alla scelta tra esercizio o non esercizio dell'azione penale. Si è allora giunti al vero nodo problematico della disposizione in commento. La sentenza di non luogo a procedere è ancora sentenza di valenza esclusivamente processuale o è ormai vera e propria sentenza di merito?

In dottrina, rispetto alla regola di giudizio espressa dall'art. 425 c.p.p., si è affermato che “nello stabilire che il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio, la nuova previsione riecheggia il disposto dell'art. 125 disp. att. c.p.p., anche se la valutazione del giudice dell'udienza preliminare, rispetto a quella del magistrato del pubblico ministero all'esito delle indagini, sembra avere un carattere definitivo e non di tipo prognostico, poiché si fonda su di un quadro probatorio che può essere ampiamente integrato e completato proprio in sede di udienza preliminare [...]”. Si delinea, quindi, “un quadro probatorio esaustivo al quale difficilmente si potrà rinunciare anche in dibattimento. In quest'ottica vanno lette ed interpretate le disposizioni che consentono alle parti di concordare – sia nel corso dell'udienza preliminare che in sede di dibattimento – l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti d'indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dal difensore [...]”. Pertanto, “bisogna ammettere che la regola di giudizio fissata

dal nuovo art. 425 c.p.p., pur essendo speculare, nella forma, alla previsione di cui all'art. 125 disp. att. c.p.p., è assimilabile, nella sostanza, alla disposizione in tema di proscioglimento dibattimentale (art. 530 comma 2 c.p.p.). Infatti, mentre il magistrato del pubblico ministero compie una valutazione di tipo prognostico, proiettando in dibattimento gli elementi raccolti nel corso delle indagini e tenendo conto del loro possibile sviluppo in quella sede, ben altro significato assume la decisione adottata dal giudice, la quale, quand'anche dovesse fondarsi sui soli elementi acquisiti nella fase preliminare, esprime comunque un giudizio negativo sia sulla necessità di ulteriori indagini che sulla possibilità di assumere mezzi di prova decisivi per il non luogo a procedere⁶⁵⁴. Nell'ambito di quest'impostazione, quindi, con decisione si nega che quella del giudice dell'udienza preliminare sia ancora e semplicemente una valutazione di tipo prognostico, in forza della quale il giudice si dovrebbe limitare a verificare la potenziale idoneità dell'accusa a resistere al contraddittorio dibattimentale o, comunque, la possibilità che lo svolgimento di quest'ultimo possa far portare a significativi arricchimenti di un quadro probatorio che allo stato attuale si presta a "soluzioni aperte". Al contrario, il giudice dell'udienza preliminare esprime non un giudizio prognostico, ma una valutazione che in virtù del quadro probatorio su cui si fonda, sembra esprimersi

⁶⁵⁴ M. FERRAIOLI, *"La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema"*, I, cit., 10 s.

quasi in termini di colpevolezza od innocenza⁶⁵⁵. Questa conclusione è perfettamente in linea con le valutazioni a suo tempo espresse a proposito della nuova fisionomia dell'udienza preliminare, ormai non più semplicemente verifica dell'accusa, filtro delle imputazioni azzardate, ma giudizio di merito, una sorta di dibattimento anticipato.

A questo punto si rende però opportuna una precisazione, che in qualche misura dovrebbe essersi già colta da quanto rilevato in precedenza. Non c'è alcun dubbio sul fatto che il legislatore, in sede di riforma, ha avuto la consapevolezza che la nuova disciplina in qualche misura condizionava l'impostazione accusatoria del sistema processuale. Una consapevolezza questa presente non solo nello schieramento politico di opposizione, ma anche nella stessa maggioranza, pur se sembra di poter dire che tale condizionamento venne ritenuto un giustificato sacrificio sull'altare dell'efficienza. Il problema tuttavia nasce sul piano dell'individuazione della misura di tale condizionamento. La posizione espressa in questa sede, che trae spunto dai rilievi mossi sia in dottrina sia nel corso dei lavori parlamentari, è netta. Pare tuttavia difficilmente sostenibile che il legislatore fosse anche consapevole, nella loro interezza, delle implicazioni discendenti dalla disciplina introdotta, e comunque è certamente da escludere che si sia voluto intenzionalmente trasformare l'udienza preliminare in un'anticipazione del

⁶⁵⁵ In questo senso anche, N. GALATINI, "La nuova udienza preliminare", cit., 111. Si è rilevato che "non è più in discussione la legittimità della domanda di giudizio formulata dal magistrato del pubblico ministero, ma, nel quadro dei poteri istruttori attivabili in udienza preliminare, l'alternativa è, piuttosto, tra imputazioni *infondate* ed imputazioni *provate*" (M. FERRAIOLI, *op. cit.*, 12).

giudizio. S'intendeva solo rendere più pregnante il controllo, e per questa via rafforzare la funzione di filtro. E' quindi solo sul piano teorico – interpretativo che si può giungere alle conclusioni sopra descritte, senza poi dimenticare, come a suo tempo già sottolineato, che non è detto che la prassi giudiziaria non sappia, per via interpretativa, depotenziare alcune delle implicazioni che possono anche essere considerate solo come involuzioni patologiche⁶⁵⁶, ma che francamente sembrano già scritte nei fatti.

Ed allora, se in dottrina vi è chi, rispetto alla sentenza di non luogo a procedere, rileva che “non si può, dunque, più a questo punto sostenere, secondo il *receptum* della Corte costituzionale, che trattasi di sentenza di mero rito”⁶⁵⁷, da quanto detto, sembrano emergere spazi per un'interpretazione diversa, che in questa sede non sembra lecito trascurare.

Vi è in effetti chi ritiene che la sentenza di non luogo a procedere non ha mutato la sua natura, nel senso che il giudice dell'udienza preliminare non ha un potere pieno di giudizio di merito, in quanto gli è stato attribuito solo il compito di valutare, in termini prognostici, se il materiale acquisito durante le indagini consente o meno di sostenere l'accusa in dibattimento, con la conseguente decisione di disporre il giudizio o pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

⁶⁵⁶ In dottrina si è affermato che “rimane forte il rischio di una degenerazione inquisitoria dell'udienza preliminare; e si può solo sperare in un deciso *self restraint* dei giudici addetti alla celebrazione di tali udienze” (A. NAPPI, *Il “111” e la riforma processuale rilanciano lo spirito dell'89; entusiasmi e allarmismi ingiustificati*, cit., 7).

⁶⁵⁷ S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, cit., 983.

Quest'interpretazione assume una rilevanza particolare nell'ipotesi contemplata dal comma 3 dell'art. 425 c.p.p. Si dice infatti che se l'art. 425 c.p.p. precludesse una valutazione di tipo prognostico sulla sostenibilità dell'accusa in dibattimento, l'effetto sarebbe che il giudice dell'udienza preliminare, di fronte ad elementi insufficienti o contraddittori, dovrebbe in ogni caso ed automaticamente pronunciare sentenza di non luogo a procedere⁶⁵⁸. In realtà, invece, il giudice deve poter continuare a valutare se il dibattimento è o meno necessario, così che in presenza di elementi sia pure insufficienti o contraddittori “che si prestino, secondo una valutazione prognostica, a soluzioni aperte, continua ad essere doverosa la verifica dibattimentale, come già in precedenza la giurisprudenza di legittimità aveva affermato”⁶⁵⁹. Un elemento a supporto di questa tesi si ritiene possa essere desunto dalla disciplina della revoca della sentenza di non luogo a procedere, ex artt. 434 c.p.p. ss., che sarebbe difficilmente compatibile con l'eventuale natura di sentenza di merito, per il contrasto con il principio *ne bis in idem*⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ In questo senso, invece, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 372.

⁶⁵⁹ R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., LVI. Nello stesso senso, D. GROSSO, “*Insufficienza e contraddittorietà degli elementi acquisiti*”, in AA.VV. *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 287 s.; L. GRILLI, *Giudice unico e processo penale*, cit., 328.

⁶⁶⁰ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 115. In effetti, nell'attuale contesto normativo, serie perplessità sulla disciplina della revoca della sentenza di non luogo a procedere sono state espresse da G. FRIGO, *Il tramonto della collegialità oscura le garanzie*, cit., 10. Altri invece ritengono che l'art. 425 c.p.p. “è coerente con il testo dell'art. 434 c.p.p., il quale consente la revoca della sentenza di non luogo a procedere allorché il rinvio a giudizio possa condurre a nuove fonti di prova da valutarsi unitamente a quelle già acquisite. Il che dimostra che l'art. 434 c.p.p. presupponeva e presuppone che la sentenza ex art. 425 c.p.p. possa essere emanata anche quando esistono elementi probatori a favore del rinvio a giudizio ma non sufficienti a giustificarlo” (G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2000, cit., 373).

Ovvio corollario di quest'impostazione è la sovrapposizione dell'art. 425 c.p.p. non all'art. 530 c.p.p., ma piuttosto all'art. 125 disp. att. c.p.p., a suo tempo più volte richiamato⁶⁶¹, rilevandosi una “simmetria tra la regola di giudizio che domina l'udienza preliminare e quella che si colloca al termine della fase delle indagini”⁶⁶². Il discorso è molto complicato e si articola tutto sulla formulazione letterale dell'art. 425 comma 3 c.p.p. Quest'ultimo – non pare inopportuno ripeterlo ancora una volta - prevede la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere quando *gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*. Ora, in dottrina si è affermato che sostenere che il giudice debba in ogni caso pronunciare sentenza di non luogo a procedere in presenza di elementi insufficienti o contraddittori, significa in sostanza spezzare in due la norma, assumendo a discriminare la locuzione “o comunque”, che finirebbe con l'avere la funzione di strutturare in termini diversi i poteri del giudice dell'udienza preliminare, a seconda che si tratti di insufficienza o contraddittorietà, ovvero di inidoneità degli elementi raccolti, nel quale ultimo caso sarebbe comunque richiesta una valutazione di tipo prognostico sulla sostenibilità dell'accusa in dibattimento. Tuttavia, poiché non sarebbe possibile individuare una differenza qualitativa tra insufficienza o contraddittorietà da un lato ed inidoneità

⁶⁶¹ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., 2830.

⁶⁶² C. DI BUGNO, in AA.VV, *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 407.

dall'altro⁶⁶³, si conclude che la presenza della formula “o comunque” non sembra in grado di modificare il modo di intendere il rapporto tra le situazioni *de quo*, come rapporto tra *species* e *genus*. “Così come nell’art. 125 disp. att. c.p.p., deve ritenersi che anche nell’art. 425 comma 3 c.p.p. l’appellativo *inidonei* sia utilizzato quale espressione di sintesi, capace di indicare la piattaforma probatoria in qualunque veste si presenti”⁶⁶⁴.

La tesi che sostiene la natura processuale della sentenza di non luogo a procedere segna il passo quando si prende in esame il comma 2 dell’art. 425 c.p.p. Con questa norma il legislatore, superando i contrasti dottrinari e giurisprudenziali sviluppatisi sotto il vigore del vecchio art. 425 c.p.p., riconosce al giudice il potere di tener conto delle circostanze attenuanti e di effettuare il giudizio di comparazione con le circostanze aggravanti ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, per essere il reato estinto, per esempio per prescrizione o

⁶⁶³ Si afferma, infatti, che “non si vede quale situazione probatoria possa essere rappresentata dall’inidoneità senza essere al tempo stesso definibile come contraddittoria o insufficiente” (C. DI BUGNO, *op. cit.*, 406).

⁶⁶⁴ C. DI BUGNO, *op. cit.*, 407. *Ibidem*, si aggiunge che “se l’idoneità è usata come concetto di genere, il motivo per il quale il legislatore ha deciso di inserire, nel corpo dell’art. 425 c.p.p., una formula riassuntiva della contraddittorietà, insufficienza, della mancanza di prova della responsabilità e della prova positiva dell’innocenza, [...] deve ravvisarsi nell’intenzione di fissare per ognuna di esse il medesimo criterio valutativo. Comunque sia caratterizzato il quadro probatorio, il giudice dovrà sempre guardare alla possibilità o meno che nella successiva fase processuale l’insieme degli elementi acquisiti consentano di sostenere l’accusa in giudizio: in caso di verifica positiva, anche in presenza di prove ambigue, egli dovrà emettere il decreto che dispone il giudizio, atteso che, in questa prospettiva, tali prove, devono ritenersi idonee”. In termini sostanzialmente analoghi, R. NORMANDO, “*La nuova udienza preliminare, la riscrittura dei parametri di utilità del giudizio*”, *cit.*, 287 ss. Più semplicemente altri osserva che “il dubbio secondo cui sarebbe stato più opportuno che il legislatore avesse utilizzato solo la categoria dell’inidoneità degli elementi, prende corpo, anche perché a nostro avviso, dal punto di vista processuale, l’inidoneità comprende l’insufficienza e la contraddittorietà. Perciò, prevedere autonomamente l’insufficienza pone la questione dell’estensione del campo di operatività del giudizio dell’udienza preliminare” (T. BENE, “*La sentenza di non luogo a procedere*”, *cit.*, 466).

amnistia. Opportunamente si mette in evidenza che in questo caso si realizza una valutazione di pieno merito sulla responsabilità dell'imputato, il che rappresenta certamente una discrasia rispetto alla funzione che si vuole che l'udienza preliminare continui a svolgere⁶⁶⁵, tanto che si è parlato di una "riserva di giurisdizione di merito"⁶⁶⁶ nell'ambito di una fase destinata svolgere solo una verifica preliminare di carattere processuale. Altra parte della dottrina, invece, pur riconoscendo il rischio di un'anticipazione di settori d'indagine affidati al giudice di merito, ritiene che per evitare prassi eccessivamente devianti rispetto al raggio di azione normalmente assegnato alla verifica del giudice dell'udienza preliminare, anche con riferimento al tema delle circostanze, la valutazione dovrebbe pur sempre essere effettuata in una prospettiva di tipo prognostico. Più precisamente, il giudice dovrebbe pronunciare la sentenza di non luogo a procedere solo quando l'indagine sulla sussistenza della circostanza ed eventualmente il giudizio di prevalenza rispetto alle aggravanti possa essere espresso in termini di certezza, escludendosi che dall'eventuale svolgimento del dibattimento possano emergere elementi suscettibili di condurre a una diversa valutazione su quelle circostanze. In caso contrario, a fronte di un quadro probatorio idoneo a svilupparsi in "soluzioni aperte", è necessaria la verifica dibattimentale⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 374.

⁶⁶⁶ C. DI BUGNO, *op. cit.*, 410.

⁶⁶⁷ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, 2832.

Una questione di grande interesse che si pone nell'esame del nuovo art. 425 c.p.p. è quella che attiene al mancato riferimento, tra le cause che possono condurre alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, all'ipotesi della non imputabilità, che invece era contemplata nella formulazione iniziale della disposizione in commento. Sono note, per averle già esaminate a suo tempo, le ragioni che portarono, con la sent. 41/93, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma. Ora, il fatto che il legislatore, nel riformulare la disposizione, non abbia più contemplato quest'ipotesi, si è prestato, in dottrina, ad interpretazioni divergenti.

In premessa occorre in primo luogo far presente che sotto questo profilo s'instaura un collegamento tra il comma 1 ed il comma 4 della disposizione in commento, ove da ultimo si prevede, come detto, che il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere *se ritiene che al proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza*. Ciò detto, si è ritenuto che il legislatore nell'omettere nel comma 1 l'indicazione della non imputabilità ha voluto recepire le indicazioni della Corte costituzionale, che ha ritenuto l'udienza preliminare fase processuale strutturalmente inidonea rispetto agli accertamenti presupposti dalla dichiarazione di non imputabilità. Infatti, "i presupposti della colpevolezza che tale declaratoria implicitamente imporrebbe, per un verso, e l'esigenza di una compiuta analisi sul vizio di mente che essa inevitabilmente comporta, per altro, rappresentano temi che non vanno

autoritativamente affrancati dal contraddittorio per la prova e dalle conseguenti garanzie accertative. [...] I contenuti cognitivi per l'udienza preliminare non sono sovrapponibili con quelli oggetto del giudizio. [...] Essi si mostrano incompatibili con una pronuncia che presuppone risolti i temi relativi alla sussistenza del fatto ed alla sua riconducibilità all'imputato⁶⁶⁸. Nell'ambito di questa impostazione, poi, la disposizione del comma 4 costituisce la conferma della tesi sostenuta, perché essa è volta a spazzare il campo da ogni possibile pronuncia di sentenza di non luogo a procedere per non imputabilità. Tale ultima disposizione, infatti, non può essere utilizzata per affermare che proprio perché il legislatore ha sentito il bisogno di precludere la sentenza di non luogo a procedere quando il giudice pronostica l'applicabilità di una misura di sicurezza, quando non effettua tale valutazione può dichiarare la non imputabilità e pronunciare la sentenza di non luogo a procedere. Piuttosto, il comma 4 si riferisce alle altre fattispecie in cui potrebbe essere applicata una misura di sicurezza, indipendentemente dalla non imputabilità, come nelle ipotesi del c.d. quasi reato (artt. 49 e 115 c.p.).

L'interpretazione da ultimo contestata, invece, è proprio quella fatta propria da altra parte della dottrina, facendosi rientrare il difetto di imputabilità nella non punibilità dell'imputato "per qualsiasi causa"⁶⁶⁹, di cui al comma 1 dell'art. 425 c.p.p. La tesi quindi postula l'equivalenza tra non imputabilità e non punibilità. In

⁶⁶⁸ A. SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e copi eterogenei*, cit., 2832.

⁶⁶⁹ E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, cit., 118. Anche, D. GROSSO, "Il difetto di imputabilità", in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 285.

verità, tale equiparazione sembra discutibile sul piano della teoria generale, perché, come rilevato, “la non punibilità è solitamente connessa alla struttura del fatto o alla volontà dell’agente; laddove la non imputabilità è causa di non punibilità connessa alla capacità [di pena] del soggetto”⁶⁷⁰. Ciò nonostante, si rileva che sul piano degli effetti processuali, in entrambe le ipotesi il soggetto non è punibile, ossia il giudice non può applicare la sanzione penale, donde si ricava la condivisibilità dell’equiparazione⁶⁷¹.

Altri poi rileva che poiché il legislatore ha utilizzato l’espressione *ritiene*, ciò significa che il giudice può pronunciare la sentenza di non luogo a procedere quando, pur in presenza di una situazione di non imputabilità, cui dovrebbe in astratto conseguire l’applicazione di una misura di sicurezza, in concreto ciò non deve accadere, per la rilevata non pericolosità dell’imputato, presupposto essenziale per l’applicazione della misura medesima. In caso contrario, il giudice dovrà emettere decreto che dispone il giudizio, affinché si provveda in

⁶⁷⁰ T. BENE, “*La sentenza di non luogo a procedere*”, cit., 453. Del resto, la dottrina penalistica ha rilevato che l’imputabilità si pone su di un piano del tutto diverso rispetto alla punibilità. L’imputabilità, infatti, costituisce “il presupposto della punibilità (*rectius*: della responsabilità penale)”. Ed ancora, “l’affermazione dell’imputabilità costituisce una premessa essenziale per l’affermazione della colpevolezza, e quindi per l’applicazione della pena” (C. FIORE, *Diritto penale*, I, Utet, Torino, 1997, 392). Altri, pur rilevando che l’art. 85 c.p., nell’affermare che il non imputabile non può essere *punito*, potrebbe indurre ad includere la non imputabilità in una categoria generale delle cause di esclusione della punibilità, afferma che il minimo comune denominatore costituito dall’esclusione dell’applicazione pena, “a cui può ben spiegarsi che abbia messo capo il codice in vista del risultato pratico essenziale [...] non può appagare l’esigenza della ricerca scientifica: la quale vuole invece che si vada a fondo della *ratio* per cui la punibilità viene di volta in volta esclusa [...]”; lo stesso codice italiano, nonostante i molteplici avvicinamenti delle due categorie nella concreta disciplina rispetto a determinati istituti, tiene ben distinte le due figure del soggetto non imputabile e del soggetto non punibile [...] (G. VASSALLI, “*Cause di non punibilità*”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 611 ss.).

⁶⁷¹ T. BENE, *op. cit.*, 452. *Contra*, M. COSTANTINI, *La declaratoria della non imputabilità nell’udienza preliminare dopo la legge Carotti*, in *Cass. pen.*, 2001, 1375 s.

dibattimento⁶⁷². Del resto, poiché ciò che si vuole evitare sembra essere proprio una valutazione di merito sulla pericolosità dell'imputato, il legislatore, con l'art. 2 *sexies* della l. 144/2000 è intervenuto sul comma 4 dell'art. 425 c.p.p., modificandolo del senso che il giudice può pronunciare la sentenza di non luogo a procedere quando la misura di sicurezza da applicare sia la confisca, visto che in questo caso non è richiesta una valutazione sulla pericolosità del soggetto⁶⁷³. In tal modo, il legislatore è venuto incontro alle segnalazioni della dottrina che riteneva, in questo caso, ingiustificato l'obbligo del giudice dell'udienza preliminare di disporre il rinvio a giudizio, atteso che “si tratta di una valutazione relativa alla liceità della circolazione del bene sulla quale non sembrano incidere le profonde diversità strutturali che distinguono l'udienza preliminare da quella dibattimentale”⁶⁷⁴, tanto che si riteneva che il giudice potesse comunque disporre la misura di sicurezza patrimoniale con la sentenza di non luogo a procedere⁶⁷⁵.

Occorre infine segnalare che per eliminare ogni dubbio sulla possibilità di applicare una misura di sicurezza personale con la sentenza di non luogo a procedere, il legislatore (art. 23 comma 2 l. 479/99) è opportunamente intervenuto

⁶⁷² A. BARBARANO, *La riforma del processo penale (c.d. legge Carotti)*, cit., 182 s.

⁶⁷³ S è infatti rilevato che la confisca si fonda “non sulla pericolosità sociale di una persona, ma sulla pericolosità della cosa su cui cade” (C. FIORE, *Diritto penale*, II, cit., 254). Altri ha però ritenuto che la pericolosità nel caso della confisca deriva dal fatto che “la cosa, lasciata nella disponibilità del reo, venga a costituire per lui un incentivo per commettere ulteriori illeciti, una volta che egli sia certo che, ad esempio, il prodotto del reato non gli verrà confiscato” (M. MASSA, “*Confisca (dir. e proc. pen.)*”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 983).

⁶⁷⁴ C. DI BUGNO, *op. cit.*, 413.

⁶⁷⁵ A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali, la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, cit., 575.

sugli artt. 579 e 680 c.p.p., eliminando in essi il riferimento alla possibilità di proporre impugnazione contro la sentenza *de quo* per quel che concerne le misure di sicurezza⁶⁷⁶, ciò che invece in passato aveva fornito un prezioso argomento per sostenere la tesi contraria. Per la confisca continua invece ad essere applicabile l'art. 579 comma 3 c.p.p.

Rimarrebbe da affrontare un ultimo punto, ossia quello dei limiti di applicabilità dell'art. 129 c.p.p. Per altro, in materia non sembrano emergere profili particolarmente innovativi, rispetto agli sviluppi dottrinari che hanno preceduto la riforma. Quest'ultima, infatti, non ha interessato l'art. 129 c.p.p., mentre l'intervento sull'art. 425 c.p.p., a prescindere da ogni altro rilievo, persegue una finalità deflattiva, al fine di ridimensionare il numero dei processi che possono giungere a dibattimento, attraverso l'ampliamento delle ipotesi che possono condurre alla sentenza di non luogo a procedere. Sotto questo profilo, dunque, la legge, come già rilevato, è in sintonia con le elaborazioni della dottrina, della giurisprudenza e dello stesso legislatore, che certamente in questa prospettiva aveva eliminato l'aggettivo "evidente" dall'iniziale versione dell'art. 425 c.p.p. Nello specifico, rispetto al tema *de quo*, per un verso si è esclusa l'applicazione dell'art. 129 comma 1 c.p.p. in sede di udienza preliminare nel caso in cui sia necessario procedere ad un'integrazione istruttoria, in quanto il rapporto tra gli artt.

⁶⁷⁶ E' per altro singolare che in dottrina vi sia chi non ha in alcun modo tenuto conto di questa disposizione, suggerendo un intervento di coordinamento in realtà già avvenuto (G. GARUTI, "La nuova fisionomia dell'udienza preliminare", cit., 409).

129 e 425 c.p.p. è di reciproca esclusione, operando essi su piani diversi, in forza del riferimento all'evidenza contemplato nel comma 1 dell'art. 129 c.p.p., il che consente di adottare il provvedimento previsto da tale ultima norma in tutte le ipotesi in cui tale situazione di evidenza si riscontri⁶⁷⁷. Per altro verso, si è escluso il potere del giudice, nella fase che va dal momento della richiesta di rinvio a giudizio del magistrato del pubblico ministero alla data dell'udienza preliminare, di adottare *de plano* il provvedimento previsto dall'art. 129 c.p.p.; soluzione obbligata, questa, al fine di tutelare il contraddittorio, come del resto evidenziato ad opera di parte della dottrina già prima della riforma⁶⁷⁸.

3.22 segue: g) *la nuova disciplina del giudizio abbreviato e del patteggiamento.*

Nel quadro della più generale finalità deflattiva perseguita dalla l. 479/99, è stata consistentemente modificata la disciplina dei procedimenti speciali ed in particolare, per quanto in questa sede interessa, quella del giudizio abbreviato e del patteggiamento. In effetti, nel corso dei lavori preparatori si affermò che “si è preso atto dell'ingorgo che si è verificato, dell'inseppimento anche temporale della giustizia a seguito del cattivo funzionamento di alcuni riti alternativi, che

⁶⁷⁷ T. BENE, *op. cit.*, 476.

⁶⁷⁸ R. NORMANDO, “La nuova udienza preliminare: la riscrittura dei parametri di utilità del giudizio”, cit., 282. *Retro*, 3.9, pag. 207 ss.

costituiscono un sacrificio rispetto allo schema fondamentale accusatorio, [ma] che nella previsione della fine degli anni Ottanta e dei primi anni Novanta dovevano essere una specie di raccoglitore che consentiva a circa l'80 – 85 % dei procedimenti di essere definiti attraverso, appunto, la scelta dell'alternativa inquisitoria, cosa che invece storicamente non è avvenuta⁶⁷⁹. In questa prospettiva vanno dunque esaminate le nuove norme introdotte.

Per quanto attiene in modo particolare al giudizio abbreviato, le ragioni del mancato funzionamento erano state molteplici. Un primo fattore di crisi derivava dalla sua strutturazione come procedimento “allo stato degli atti”, in quanto tale comportante l'esclusione di un'integrazione probatoria ai fini della decisione, salvo i rilievi a suo tempo formulati in merito alla presentazione della relativa richiesta successivamente al supplemento istruttorio previsto dall'art. 422 c.p.p. ed alla possibilità per il giudice di accogliere la richiesta reiterata dopo l'iniziale reiezione, anche in questo caso, eventualmente, in via successiva rispetto alle attività di cui all'art. 422 c.p.p. A parte tali ultime considerazioni⁶⁸⁰, la disciplina del codice mostrava chiaramente i suoi limiti, in quanto era scarsamente probabile che l'imputato potesse avere interesse a richiedere il giudizio abbreviato, sia che fosse innocente, sia che fosse colpevole. Infatti, nel primo caso, l'imputato per dimostrare la propria innocenza avrebbe avuto ragionevolmente bisogno di far

⁶⁷⁹ Camera dei Deputati, sed. 412 cit., int. del relatore, on. Carotti, resoc. pag. 4.

⁶⁸⁰ Sulle quali, *retro*, 3.11, pag. 242 ss..

assumere le prove da lui richieste, essendo ben difficile – al di là dell'art. 358 c.p.p., la cui reale ed effettiva portata è probabilmente enfatizzata - che elementi a sostegno della sua posizione potessero emergere dalle indagini svolte dal magistrato del pubblico ministero, che del resto si era indotto ad esercitare l'azione penale. Nel secondo caso, poi, l'imputato poteva avere interesse a dimostrare l'eventuale esistenza di circostanze attenuanti, a fronte di una possibile condanna. Ma anche quest'esigenza, come la prima, era frustrata dalla necessità di decidere allo stato degli atti.

Del resto, e lo si è già detto, il presupposto della decidibilità allo stato degli atti determinava un ulteriore effetto perverso, posto che il magistrato del pubblico ministero poteva rifiutare di aderire alla richiesta di giudizio abbreviato adducendo carenze probatorie da lui stesso determinate. Inoltre, la finalizzazione esclusiva delle indagini preliminari alle determinazioni inerenti all'azione penale, comportava, in caso di eventuale incompletezza delle indagini, oltre che, come detto, il fin troppo facile dissenso del magistrato del pubblico ministero, anche un doveroso quanto inevitabile rigetto dell'istanza da parte del giudice dell'udienza preliminare.

Infine, i tempi del processo penale, talvolta addirittura biblici, erano certamente uno stimolo a non richiedere il giudizio abbreviato, in quanto l'imputato, in caso di dibattimento, vedeva sensibilmente allontanata nel tempo la definizione della propria vicenda processuale, il che, nel caso di colpevolezza,

poteva essere un consistente vantaggio, nella prospettiva di un proscioglimento per estinzione del reato in virtù del decorso del termine di prescrizione.

Le modifiche apportate al giudizio abbreviato che interessano in questa sede, riguardano gli artt. 438, 441 e 442 c.p.p., mentre gli artt. 439 e 440 c.p.p. sono stati abrogati. Sé è già detto che la disciplina previgente contemplava come presupposti del giudizio abbreviato la richiesta dell'imputato, il consenso del magistrato del pubblico ministero e la definibilità del processo allo stato degli atti. A seguito della disciplina introdotta dalla l. 479/99, invece, la fisionomia del procedimento speciale in questione è mutata radicalmente. L'art. 438 c.p.p., come sostituito dall'art. 27 della l. 479/99, prevede al comma 1 che "l'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e dell'art. 441 comma 5". Un primo dato di tutta evidenza che emerge dalla disposizione in esame, è che non è più richiesto il consenso del magistrato del pubblico ministero. Pertanto, lo svolgimento del giudizio abbreviato è divenuto automatico, o se si preferisce, obbligatorio, a seguito della sola richiesta dell'imputato. L'ammissione del rito non è infatti più nemmeno subordinata alla valutazione del giudice sulla possibilità di decidere allo stato degli atti, essendo stato abrogato, come detto, l'art. 440 c.p.p.

Il comma 2 dell'art. 438 c.p.p. prevede che "la richiesta può essere proposta oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422", mentre il comma 3 riproduce il disposto del previgente

art. 438 comma 3 c.p.p., stabilendo che l'imputato esprime la sua volontà personalmente o a mezzo di procuratore speciale e che la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'art. 583 comma 3 c.p.p. Nel comma 4, invece, si prevede che il giudice provvede con ordinanza sulla richiesta dell'imputato, disponendo il giudizio abbreviato, secondo quanto già previsto dall'abrogato art. 440 comma 1 c.p.p. Naturalmente, non è stato più ripetuto il riferimento alla definibilità allo stato degli atti.

Il comma 5 stabilisce che "l'imputato, ferma restando l'utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'art. 442 comma 1 *bis*, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione della prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'art. 423". Infine, il comma 6 prevede la riproponibilità, entro il termine di cui al comma 2, della richiesta eventualmente respinta ai sensi del comma 5.

La nuova disciplina si presta ad una serie di considerazioni.

In primo luogo, non è più possibile qualificare il giudizio abbreviato come “patteggiamento sul rito”⁶⁸¹, in quanto la praticabilità del rito alternativo è rimessa all’esclusiva volontà dell’imputato, divenendo per quest’ultimo un vero e proprio diritto, non subordinato al consenso del magistrato del pubblico ministero ed alla valutazione del giudice dell’udienza preliminare. Si è detto che l’innovazione, secondo l’intenzione del legislatore, si giustifica in funzione della necessità di perseguire una finalità deflattiva, agevolando il più possibile l’accesso dell’imputato al giudizio abbreviato. Nella medesima prospettiva s’inquadra anche l’ampio riconoscimento della possibilità di compiere attività probatorie.

In proposito, tuttavia, occorre chiarezza. In dottrina si è rilevato che il riferimento alla definizione allo stato degli atti contenuto nel comma 1 dell’art. 438 c.p.p., “assume, in ragione del significato attribuito alla richiesta presentata dall’imputato, un valore meramente proclamatorio, perché, in realtà, il quadro probatorio è sempre integrabile”⁶⁸². Tale affermazione non è del tutto esatta. In effetti, non c’è alcun dubbio sul fatto che la definibilità allo stato degli atti non costituisce più presupposto del giudizio abbreviato. Tuttavia, la locuzione contenuta nel comma 1 dell’art. 438 c.p.p. conserva una sua precisa giustificazione,

⁶⁸¹ In dottrina si è per altro rilevato che sebbene il giudizio abbreviato non sia più inquadrabile nella logica contrattuale del patteggiamento sul rito, esso tuttavia continuerebbe a rappresentare il frutto di una manifestazione negoziale e nella specie, si tratterebbe di un negozio unilaterale (D. NEGRI, “Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell’imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale”, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., 456).

⁶⁸² D. CARCANO, *L’imputato dominus dei procedimenti speciali con il rito abbreviato senza consenso del pm*, in *Diritto & Giustizia*, 2/2000, 62.

perché determina la distinzione tra due diverse forme del procedimento speciale *de quo*, in relazione alle quali la scelta è rimessa all'imputato, che può presentare o una richiesta semplice – ed in tal caso il giudizio abbreviato si svolge sulla base degli atti già compiuti e di quelli che il giudice eventualmente ritenga di dover compiere successivamente, *ex art. 441 comma 5 c.p.p.* – oppure una richiesta condizionata, ai sensi dell'art. 438 comma 5 c.p.p., ossia una richiesta subordinata allo svolgimento dell'attività probatoria. Pertanto, come rilevato in dottrina, “il riferimento allo *stato degli atti* [...] assume il significato di una completa rinuncia dell'imputato al diritto alla prova. Ciò non vuol dire, beninteso, che nel successivo giudizio abbreviato sia vietato assumere mezzi di prova. Anzi, [...] l'iniziativa istruttoria del giudice può svolgersi praticamente senza limiti in quella sede (art. 441 comma 5 c.p.p.)”⁶⁸³.

Per quanto riguarda i tempi per la presentazione della richiesta, come detto, l'art. 438 comma 2 c.p.p. fa riferimento, come termine finale, al momento della formulazione delle conclusioni, *ex artt. 421 e 422 c.p.p.*, come già previsto dal previgente art. 439 comma 2 c.p.p. Non è stato invece riprodotto il comma 1 della medesima disposizione, che prevedeva la presentazione della richiesta almeno cinque giorni prima della data fissata per l'udienza preliminare. Come si è osservato in dottrina, sebbene ciò sembrerebbe a prima vista militare a favore

⁶⁸³ R. ORLANDI, in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 443. Nello stesso senso, D. NEGRI, “*Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*”, cit., 469.

dell'esclusione del potere di presentare la richiesta fuori udienza, in realtà nulla impedisce all'imputato di procedere in tal senso. Egli potrà quindi presentare la richiesta in cancelleria, anche se il giudice provvederà sulla stessa solo in sede di udienza preliminare⁶⁸⁴. Per altro, il fatto che il codice non prevede espressamente un termine iniziale, ha fatto ritenere che nulla osterebbe ad una presentazione della richiesta anche nel corso delle indagini preliminari, per esempio, nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto, "fatta salva la facoltà di operare una scelta processuale diversa nel caso in cui l'indagine, per le ragioni più varie, non si concluda, ma prosegua portando all'acquisizione di ulteriori elementi probatori che modificano lo stato degli atti"⁶⁸⁵. La tesi è però difficilmente condivisibile, atteso che l'art. 438 c.p.p. attribuisce il potere di presentare la richiesta di giudizio abbreviato al solo imputato e non anche all'indagato.

Una volta che l'imputato ha presentato la richiesta di giudizio abbreviato, il giudice non può fare altro che disporlo, ai sensi del comma 4 dell'art. 438 c.p.p., salvo il controllo del rispetto dei presupposti formali, quali la tempestività della richiesta o, nel caso in cui questa non sia presentata personalmente dall'imputato, la legittimazione di chi agisce a mezzo di procura speciale. Il giudice è tuttavia investito di un potere di controllo non solo formale ma anche sostanziale, quando l'imputato abbia presentato una richiesta condizionata ai sensi del comma 5 della

⁶⁸⁴ R. BRICCHETTI, *Sì all'abbreviato anche senza il consenso del pm*, in *Guida dir.*, 1/2000, LX.

⁶⁸⁵ P. CAPRIOGLIO, *"Tempi e modalità della richiesta"*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 297.

disposizione in esame. In tal caso, infatti, il giudice può respingere la richiesta quando ritiene che le prove non sono necessarie ai fini della decisione e sono incompatibili con le finalità di economia processuale tipiche del procedimento abbreviato. A tal fine, il giudice deve tenere conto dell'utilizzabilità ai fini della decisione degli atti indicati nell'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p., come inserito dall'art. 30 della l. 479/99. Emergono allora due aspetti problematici. Il primo attiene ai requisiti previsti affinché il giudice possa disporre il giudizio abbreviato, in caso di richiesta condizionata. Il secondo, invece, deriva dal collegamento tra l'art. 438 comma 5 c.p.p. e l'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p.

Sotto il primo profilo, sembrerebbe che il legislatore abbia previsto due diversi e distinti requisiti, e cioè la necessità della prova e la sua compatibilità con le finalità di economia processuale. Ora, secondo quanto si è rilevato in dottrina, prova necessaria è quella “nuova rispetto al patrimonio conoscitivo ricavabile dalle indagini del pubblico ministero ed idonea ad apportare, anche in modo non decisivo, un contributo all'accertamento dei fatti risultanti dall'imputazione”⁶⁸⁶. In termini più precisi, tuttavia, la necessità della prova va rapportata all'intero quadro probatorio maturato sia all'esito del procedimento per le indagini preliminari, sia dopo l'espletamento degli adempimenti successivi al deposito della richiesta di

⁶⁸⁶ E. AMODIO, “*Lineamenti della riforma*”, cit., 35.

rinvio a giudizio o all'inizio dell'udienza preliminare⁶⁸⁷. Non è invece chiaro il significato da attribuire all'altra specificazione operata dal legislatore, ossia quella relativa alle finalità di economia processuale proprie del giudizio abbreviato. Sembra in effetti difficile ravvisarvi un ulteriore presupposto, accanto alla valutazione sulla necessità della prova, affinché il giudice possa disporre il giudizio abbreviato in caso di richiesta condizionata. Per lo meno, sembra difficile riconoscere l'idoneità della locuzione legislativa ad operare in tal senso. Non del tutto a torto, allora, in dottrina si è osservato che “la compatibilità con le finalità di economia processuale, più che un requisito che il giudice deve valutare per decidere l'ammissibilità di una richiesta condizionata, sembra risolversi in un'aggettivazione avente funzione rafforzativa, ispirata a criteri emotivi, anziché logici. Essa ha sicuramente lo scopo di richiamare l'interprete ad un maggior rigore, configurando il potere di ammissione delle prove indicate dalle parti come una *extrema ratio*, alla quale far luogo solo allorché l'integrazione richiesta appaia

⁶⁸⁷ Utili precisazioni sono poi fatte da altra parte della dottrina. Ci si è infatti chiesti “se sia legittimo rigettare la richiesta di audizione di un testimone avanzata dall'imputato, solo sul presupposto che il testimone è già stato sentito su quelle particolari circostanze in sede di indagine: può avanzare la richiesta di integrazione probatoria la difesa, sulla base della semplice necessità di avere la percezione diretta e non mediata della carta, della dichiarazione testimoniale? Se può escludersi che possano essere ammesse le mere ripetizioni di atti, visto che è fatto espresso richiamo alla necessità di tener conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili – nel senso che non è certo consentito di richiamare il consulente per ripetere le sue conclusioni già esplicitate nell'atto di consulenza, dall'altro sembra che la norma imponga un pesante obbligo di mediazione da parte del giudice. [...] Il giudice dovrà assecondare le richieste di acquisizione probatoria, anche quando siano di mera verifica dell'attendibilità del testimone, ovvero di correttezza della riproduzione della rappresentazione effettuata, tenuto conto che il processo abbreviato non è mai stato, né potrebbe mai diventare oggi, espressione di una giustizia sommaria” [P. CAPRIOGLIO, “*Ordinanza che dispone il giudizio*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 298].

effettivamente indispensabile, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili”⁶⁸⁸. Senonché, compito primario del legislatore è quello di dettare le norme, non quello di suggerire criteri per la loro interpretazione, attività quest’ultima riservata alla scienza giuridica. Appare allora fondato il sospetto che, sia pure attraverso una formula generica ed indeterminata, si sia in questo caso voluta subordinare l’ammissione del giudizio abbreviato alla valutazione di un requisito la cui mancanza è preclusiva rispetto al rito alternativo *de quo*.

Ciò non può non creare serie perplessità. Si è infatti rilevato che “tale parametro, accettabile ove contenuto in una direttiva in attesa di specificazione, si rivela indeterminato come criterio immediatamente operativo, e perciò incapace di assicurare uniformità ai comportamenti dei magistrati e pari trattamento agli imputati, con evidente lesione del principio di uguaglianza affermato dall’art. 3 Cost.”⁶⁸⁹. La valutazione del giudice finisce infatti con l’essere svincolata da un preciso referente normativo, in quanto egli può usufruire di un ampio potere discrezionale, assai prossimo all’arbitrio, che potrebbe portare ad rigettare la richiesta di giudizio abbreviato perché ancorata ad una richiesta probatoria che implica attività di particolare complessità, in funzione di “personali convinzioni sulla durata ideale del processo”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ A. BARBARANO, *La riforma del processo penale (c.d. legge Carotti)*, cit., 214.

⁶⁸⁹ D. NEGRI, *op. cit.*, 480.

⁶⁹⁰ R. ORLANDI, *op. cit.*, 445.

Del resto, l'unico rimedio apprestato per l'ipotesi in cui il giudice respinga la richiesta è quello contemplato dal comma 6 dell'art. 438 c.p.p., che consente di reiterarla entro il termine di cui al comma 2, mentre nessun sindacato è previsto sulla decisione del giudice, contrariamente al sistema che risultava dalle citate decisioni della Corte costituzionale, che consentivano al giudice del dibattimento di disporre la riduzione di pena prevista per il rito abbreviato, nell'ipotesi in cui avesse ritenuto ingiustificato sia il dissenso del magistrato del pubblico ministero che la valutazione del giudice dell'udienza preliminare in ordine alla indecidibilità allo stato degli atti. Per altro, in dottrina si è sostenuta la tesi della persistente applicabilità della regola scaturente dalla sent. 23/92, per cui si è affermato che “il giudice, all'esito del dibattimento, può applicare la riduzione di pena prevista all'art. 442 comma 2 c.p.p., ritenendo che l'integrazione probatoria alla quale l'imputato aveva subordinato la propria richiesta avrebbe dovuto essere considerata compatibile con le esigenze di economia processuale tipiche del rito abbreviato”⁶⁹¹. Altri, invece, pur ritenendo che l'introduzione del rito non può essere rimessa ad una valutazione insindacabile del giudice dell'udienza preliminare – e a tal fine si richiamano le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale con la sent. 23/92 – esclude che il controllo sia effettivamente praticabile da parte del giudice del dibattimento, per la mancanza di un criterio oggettivo alla stregua del quale

⁶⁹¹ D. CARCANO, *L'imputato dominus dei procedimenti speciali con il rito abbreviato senza il consenso del pm*, cit., 63. *Contra*, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 490.

verificare la decisione del giudice dell'udienza preliminare⁶⁹². Da ciò si desume la probabile illegittimità costituzionale dell'art. 438 comma 5 c.p.p., essendosi determinata una situazione non dissimile da quella che aveva portato alla pronuncia della sent. 23/92.

A prescindere dall'ipotesi di reiezione della richiesta, il giudice, quando riscontra l'esistenza delle condizioni previste dall'art. 438 comma 5 c.p.p., dispone il giudizio abbreviato ed ammette l'assunzione delle prove. Occorre per altro rilevare che il codice non specifica se in sede di presentazione della richiesta debbono essere indicati solo i temi di prova o invece devono essere individuati anche i mezzi di prova da assumere. La prima tesi è accolta da una parte della dottrina in ragione del "generale *favor* della nostra legge processuale per questo rito speciale e dell'opportunità di evitare sperequazioni tra imputati, in ragione dell'assistenza tecnica di cui possono concretamente disporre"⁶⁹³.

Se il giudice dispone il giudizio abbreviato accogliendo la richiesta dell'imputato subordinata ad un'integrazione probatoria, il magistrato del pubblico ministero ha facoltà di chiedere l'ammissione della prova contraria. In dottrina si è parlato al riguardo di un vero e proprio diritto alla controprova "non riconducibile alla sola facoltà, già desumibile dall'art. 415 comma 5 c.p.p., di sollecitare

⁶⁹² R. ORLANDI, *op. cit.*, 442.

⁶⁹³ R. ORLANDI, *op. cit.*, 444. *Contra*, D. NEGRI, *op. cit.*, 480. In dottrina si è anche aggiunto che il codice non sembra porre limitazioni in ordine alla tipologia dei mezzi di prova che possono essere richiesti (R. BRICCHETTI, *Si all'abbreviato anche senza il consenso del pm*, cit., LXII).

l'esercizio dei poteri istruttori officiosi del giudice"⁶⁹⁴. Tale controprova attiene ai medesimi fatti che costituiscono oggetto dell'integrazione probatoria disposta su richiesta dell'imputato, ma sebbene non sia espressamente previsto, si ritiene che debbano essere comunque rispettati il criterio della compatibilità con le finalità di economia processuale⁶⁹⁵ e quello della necessità⁶⁹⁶, il che si traduce nell'attribuzione al giudice di un ampio potere discrezionale, anche in questo caso senza controllo.

Per quanto riguarda gli atti utilizzabili, l'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p. stabilisce che "ai fini della deliberazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416 comma 2, la documentazione di cui all'art. 419 comma 3 e le prove assunte nell'udienza". La disposizione chiaramente risponde all'intenzione del legislatore di rendere utilizzabili ai fini della decisione tutti gli atti compiuti fino al momento della presentazione della richiesta, non esclusi quelli propri dell'udienza

⁶⁹⁴ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 490.

⁶⁹⁵ A. NAPPI, *loc. cit.*.

⁶⁹⁶ D. NEGRI, *op. cit.*, 483.

preliminare⁶⁹⁷. Sotto questo profilo, dunque, il giudizio abbreviato è ancora un giudizio allo stato degli atti, salvo poi, come rilevato, “verificare di volta in volta quali siano gli atti utilizzati dal giudice nel caso concreto”⁶⁹⁸. In proposito qualche dubbio è emerso in relazione alla documentazione dell’inchiesta della difesa, sulla base della considerazione che l’art. 442 comma 1 *bis* c.p.p. fa riferimento al “fascicolo di cui all’art. 416 comma 2”, il quale ultimo non contempla, da un punto di vista letterale, la documentazione delle indagini difensive, a meno di ricomprenderla nella locuzione “documentazione delle indagini espletate”, che non

⁶⁹⁷ La disposizione, per altro, risulta essere tutt’altro che rivoluzionaria. In effetti, in giurisprudenza si era affermato che con il giudizio abbreviato l’imputato “da un lato rinuncia ad avvalersi delle regole ordinarie e dall’altro ottiene un trattamento premiale attraverso l’applicazione della diminuzione. Ne deriva che il giudice può utilizzare tutti gli atti legittimamente confluiti nel fascicolo del pubblico ministero” (Cassazione penale, sez. III, 20 aprile 1994, in *Riv. pen.*, 1995, 337). Pertanto “non possono operare né il divieto previsto dall’art. 526 c.p.p., né le prescrizioni di cui agli artt. 514 comma 2 (divieto di lettura dei verbali e di altri atti di documentazione delle attività compiute dalla polizia giudiziaria) e 350 comma 7 c.p.p. (divieto di utilizzazione, se non per le contestazioni, delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini) precetti, tutti, che si riferiscono esclusivamente al dibattimento” [Cassazione penale, sez. VI, 21 settembre 1993, in *Giust. pen.*, 1994, III, 486]. Nello stesso senso, Cassazione penale, sez. VI, 25 febbraio 1993, in *Cass. pen.*, 1995, 110. In altra occasione si è specificato che “con la richiesta di giudizio abbreviato l’imputato non soltanto rinuncia a difendersi provando, ma accetta che rientrino nel novero delle risultanze probatorie utilizzabili, ai fini della decisione allo stato degli atti, tutte le emergenze acquisite antecedentemente alla sua istanza” (Cassazione penale, sez. VI, 15 febbraio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2467). In dottrina si è affermato che la disposizione in commento appare superflua “non ricorrendo alcun dubbio sul fatto che tutto quanto è stato raccolto dal pubblico ministero in sede di indagini, tutto ciò che è stato acquisito in sede di attività integrativa e tutto ciò che è frutto dell’integrazione probatoria in sede di udienza preliminare debba costituire la base del lavoro del giudice e che su quella sola attività venga a formarsi il suo giudizio conclusivo. Forse sarebbe stato più opportuno statuire, in quel preciso contesto, se l’accesso al rito abbreviato comporti anche l’abdicazione del diritto di eccepire le patologie degli atti, in forza di una pretesa sanatoria, secondo quanto una parte della giurisprudenza ha indotto ad opinare” [P. CAPRIOGLIO, “Decisione del giudizio abbreviato”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 301]. Per quanto riguarda l’orientamento giurisprudenziale richiamato, tra le altre, Cassazione penale, sez. I, 5 novembre 1993, in *Giust. pen.*, 1994, III, 331; Cassazione penale, sez. VI, 1 aprile 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 454; Cassazione penale, sez. IV, 31 gennaio 1997, in *Giust. pen.*, 1998, III, 250. In materia, F. CASIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 401.

⁶⁹⁸ D. NEGRI, *op. cit.*, 467.

esplicita alcuna preclusione da un punto di vista soggettivo⁶⁹⁹. Per altro, in dottrina, già prima della l. 397/2000, si riteneva utilizzabile tale documentazione, una volta depositata *ex artt.* 415 *bis* comma 3 c.p.p. e 38 comma 3 *ter* disp. att. c.p.p.⁷⁰⁰. Tuttavia, qualche incertezza rimane anche oggi, sulla base dell'argomento letterale citato. Il problema è stato comunque affrontato anche nel nuovo contesto normativo, così che si è affermato che “diviene essenziale intendere rettamente il senso della previsione di cui all'art. 391 *octies* comma 3 c.p.p., ritenendo che al di là dell'improprio riferimento all'inserimento del fascicolo difensivo nel fascicolo di cui all'art. 433 c.p.p., la norma stabilisca che dopo la chiusura delle indagini, in qualunque delle forme previste dall'art. 405 comma 1 c.p.p. essa avvenga, tutti i fascicoli formati durante le indagini vengono riuniti nel fascicolo del pubblico ministero, divenendo con quest'ultimo materiale utilizzabile nei diversi giudizi in cui per la decisione del giudice è legittimo far uso degli atti formati durante le indagini”⁷⁰¹.

Per quanto riguarda poi il riferimento, sempre nel comma 1 *bis* dell'art. 442 c.p.p., alle prove assunte in udienza, l'espressione deve essere intesa come comprensiva tanto dell'udienza preliminare che del giudizio abbreviato. In sostanza, le prove utilizzabili ai fini della decisione sono sia quelle assunte ai sensi degli artt. 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p. – e ciò è ovvio – sia quelle assunte

⁶⁹⁹ D. NEGRI, *op. cit.*, 474 s.

⁷⁰⁰ D. CARCANO, *op. cit.*, 63; R. ORLANDI, *op. cit.*, 464.

⁷⁰¹ G. PIZIALI, “Utilizzo dei risultati delle indagini”, *cit.*, 286.

nel corso dell'udienza preliminare, nel caso in cui la richiesta sia stata presentata nel corso dell'udienza medesima dopo il supplemento istruttorio, com'è sempre possibile posto l'art. 438 comma 2 c.p.p., fa riferimento, come termine finale, al momento della formulazione delle conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p.

Per quanto riguarda lo svolgimento del giudizio abbreviato, l'art. 441 c.p.p. come sostituito dall'art. 29 della l. 479/99, al comma 1, ricalcando la disposizione previgente, stabilisce che nel giudizio abbreviato si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste per l'udienza preliminare, fatta eccezione per gli artt. 422 e 423 c.p.p. Tale disposizione deve per altro essere coordinata con quella dei commi 5 e 6 del medesimo articolo, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione, ferma restando l'applicabilità dell'art. 423 c.p.p.”, e che all'assunzione delle prove, sia nel caso previsto dal comma 5 appena citato, sia nel caso del comma 5 dell'art. 438 c.p.p., si procede nelle forme previste dall'art. 422 commi 2, 3 e 4 c.p.p.

Il codice quindi contempla un'ulteriore ipotesi di integrazione probatoria che può essere disposta dal giudice in sede di giudizio abbreviato. Un primo problema che si pone, per altro suggerito dalla non felice formulazione dell'art. 441 c.p.p., è quello del rapporto con l'art. 422 c.p.p. In effetti, il legislatore, al comma 1 dell'art. 441 c.p.p. ha escluso l'applicabilità dell'art. 422 c.p.p. (oltre che dell'art. 423 c.p.p.). Tale disposizione fa il palio con quella dell'art. 438 comma 1 c.p.p.,

secondo cui l'imputato può chiedere di essere giudicato allo stato degli atti. La disposizione assume quindi significato rispetto all'ipotesi in cui l'imputato presenti una richiesta semplice e non condizionata. Si è detto, tuttavia, che lo stato degli atti non è più presupposto del giudizio abbreviato, e che quella locuzione contenuta nel comma 1 dell'art. 438 c.p.p. esprime solo la rinuncia dell'imputato al diritto alla prova, così che questi accetta di essere giudicato sulla base degli atti fino a quel punto compiuti, salvo che il giudice ritenga di dover ricorrere ai poteri di cui all'art. 441 comma 5 c.p.p. Infatti, se il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti, egli può assumere, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione. Per altro, l'espressione utilizzata, *anche d'ufficio*, non esclude che l'assunzione dei mezzi di prova possa essere disposta anche a seguito di sollecitazione delle parti. Ma queste, nel caso in cui l'imputato abbia presentato una richiesta semplice, non avranno un vero e proprio diritto alla prova, in quando il giudice può decidere, discrezionalmente, di esercitare o meno il suo potere⁷⁰². Più precisamente, se l'imputato presenta una richiesta semplice, il giudice deve obbligatoriamente disporre il giudizio abbreviato, salvo il rispetto dei presupposti formali, ma l'imputato si rimette alle valutazioni del giudice dell'udienza preliminare in ordine all'eventuale assunzione di prove, e, correlativamente, priva il magistrato del pubblico ministero del diritto alla controprova. Se invece

⁷⁰² In dottrina si è però ritenuto che le parti avrebbero, a seguito dell'esercizio dei poteri *ex officio* di cui all'art. 441 comma 5 c.p.p., un diritto alla controprova (E. M. CATALANO, "Il giudizio abbreviato", in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, cit., 129 s.).

l'imputato presenta una richiesta condizionata, solo dopo il riscontro dell'esistenza dei requisiti previsti dall'art. 438 comma 5 c.p.p., il giudice dispone il giudizio abbreviato, ma in tal caso deve disporre l'assunzione dei mezzi di prova richiesti dall'imputato ed il magistrato del pubblico ministero ha diritto alla controprova.

Nulla per altro esclude che il giudice possa decidere di far ricorso ai poteri di cui all'art. 442 comma 5 c.p.p. anche in via successiva rispetto all'assunzione dei mezzi di prova richiesti dall'imputato e all'esercizio del diritto alla controprova da parte del magistrato del pubblico ministero ai sensi del comma 5 dell'art. 438 c.p.p., o magari proprio in virtù di quanto emerso a seguito di tali attività⁷⁰³. In ogni caso, l'assunzione delle prove, in entrambe le ipotesi, deve avvenire secondo le modalità di cui all'art. 422 commi 2, 3, e 4.

Una volta espletata l'attività probatoria, sia nel caso dell'art. 438 comma 5 c.p.p., sia nel caso dell'art. 441 comma 5 c.p.p., resta salva l'applicabilità dell'art. 423 c.p.p., ossia il potere del magistrato del pubblico ministero di procedere alla contestazione di un fatto diverso da quello descritto nell'imputazione, di un reato connesso – a titolo di concorso formale o di continuazione, *ex art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p.* – a quello per il quale si procede, di una circostanza aggravante ovvero di un fatto nuovo. Di ciò ci si occuperà tra poco.

La disposizione in esame pone alcuni problemi. In primo luogo, si è già detto dei contrasti interpretativi sviluppatisi in relazione alla disciplina previgente, in

⁷⁰³ *Contra*, E. AMODIO, "Lineamenti della riforma", cit., 36.

merito alla possibilità o meno di procedere all'interrogatorio dell'imputato in sede di giudizio abbreviato⁷⁰⁴. Ormai, però, la nuova fisionomia del rito speciale in questione, permette di ritenere superate le perplessità a suo tempo espresse, essenzialmente incentrate sulla configurazione del giudizio abbreviato come giudizio allo stato degli atti. Pertanto, tra le norme dell'udienza preliminare applicabili in sede di giudizio abbreviato (art. 441 comma 1 c.p.p.) devono sicuramente comprendersi quelle che consentono all'imputato di chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio (art. 421 comma 2 c.p.p.), e ciò anche quando egli abbia presentato una richiesta semplice ai sensi dell'art. 438 comma 1 c.p.p.⁷⁰⁵ La medesima conclusione vale per le dichiarazioni spontanee e per la produzione di atti e documenti *ex art. 421 comma 3 c.p.p.* Inoltre, l'art. 441 comma 6 c.p.p. espressamente richiama l'art. 422 comma 4 c.p.p., in forza del quale, come visto, l'imputato può chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli artt. 64 e 65 c.p.p., mentre, accogliendo la richiesta di parte, il giudice può disporre che l'interrogatorio avvenga nelle forme previste dagli artt. 498 e 499 c.p.p. per l'esame dibattimentale. In dottrina si è però ritenuto che il richiamo operato dall'art. 441 comma 6 c.p.p., nonostante sia fatto senza specificazioni, non può essere esteso al secondo periodo dell'art. 422 comma 4,

⁷⁰⁴ *Retro*, 3.11, pag. 248 s.

⁷⁰⁵ Non applicabile in sede di giudizio abbreviato è invece l'art. 421 *bis* c.p.p., in quanto la norma prevede un potere "incompatibile con l'apertura della fase del giudizio, sia pure abbreviato, che consegue all'ammissione del rito" (A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2000, cit., 493).

dato che “non ricorre per il giudizio abbreviato la medesima *ratio* che sorregge tale previsione nell’ambito dell’udienza preliminare, ossia il successivo recupero al dibattimento delle dichiarazioni rese secondo le cadenze dell’esame *ex artt.* 498 e 499 c.p.p.”⁷⁰⁶.

Per quanto riguarda la tipologia dei mezzi di prova cui il giudice può attingere per completare il quadro probatorio ai sensi dell’art. 441 comma 5 c.p.p., la norma non pone alcuna limitazione. Si può inoltre rilevare che a differenza dell’art. 438 comma 5 c.p.p., l’art. 441 comma 5 c.p.p. non ripropone il limite della compatibilità con le finalità di economia processuale, così che in questo caso non potrebbe essere individuata nessuna preclusione sotto questo profilo⁷⁰⁷. Ciò ha tuttavia suscitato forti perplessità in dottrina, in quanto ci si è chiesti “quale senso abbia predisporre una disciplina rigorosa per l’ammissione delle prove richieste dalla difesa, se poi nessun argine viene innalzato al fine di contenere l’attività istruttoria del giudice”⁷⁰⁸. In questa prospettiva, allora, sarebbe auspicabile leggere la disposizione di cui all’art. 441 comma 5 c.p.p., in una visione sistematica, e nella specie, alla luce della finalità di economia processuale che ispira l’intera disciplina

⁷⁰⁶ D. NEGRI, “Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell’imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale”, cit., 486. Nello stesso senso, R. ORLANDI, in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, cit., 456.

⁷⁰⁷ F. CASIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel nuovo giudizio abbreviato*, cit., 409. Nello stesso senso, R. ORLANDI, *op. cit.*, 455.

⁷⁰⁸ D. NEGRI, *op. cit.*, 485.

in questione, così da restringere entro più ristretti confini il potere istruttorio *ex officio*.

D'altra parte, in dottrina si è rilevato che il potere di cui all'art. 441 comma 5 c.p.p., è per forza di cose destinato ad essere utilizzato per la raccolta di elementi a carico dell'imputato. In effetti, in presenza di un quadro probatorio insufficiente o contraddittorio, il giudice dovrebbe pronunciare sentenza di assoluzione, *ex art. 530 comma 2 c.p.p.*, applicabile in sede di giudizio abbreviato in forza del richiamo contenuto nell'art. 442 comma 1 c.p.p. Sennonché, il giudice in questa situazione può esercitare il nuovo potere conferitogli dall'art. 441 comma 5 c.p.p. Ora, poiché il giudice non può certo andare alla ricerca della piena prova dell'innocenza, perché ciò contrasterebbe sia con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., sia con l'esigenza di economia processuale, "la ricerca della prova avverrà [...] nel senso del rafforzamento del quadro probatorio a carico dell'imputato. [...] Il giudice pertanto pronuncerà sentenza *ex art. 530 comma 2 c.p.p.* solo quando la piattaforma probatoria disponibile, ancorché insufficiente, non appaia suscettibile di ulteriori approfondimenti"⁷⁰⁹.

Anche a prescindere da tali ultime considerazioni, si è comunque ritenuto che il giudice possa esercitare i poteri istruttori *ex officio* solo per integrare il quadro probatorio eventualmente incompleto, e non invece "per verificare ipotesi ricostruttive dei fatti del tutto alternative a quelle già individuabili dagli atti

⁷⁰⁹ F. CASIBBA, *Inutilizzabilità egli atti e poteri del giudice nel nuovo giudizio abbreviato*, cit., 408. Anche, E. M. CATALANO, "Il giudizio abbreviato", cit., 128.

acquisiti”⁷¹⁰. D'altra parte, se così non fosse, difficilmente l'imputato potrebbe avere un concreto interesse a ricorrere al rito speciale, atteso il rischio di essere giudicato sulla base di elementi a lui non noti.

Si è detto che in linea generale l'art. 441 comma 1 c.p.p. esclude l'applicabilità dell'art. 423 c.p.p., in tema di modifica dell'imputazione. Tuttavia, quando a seguito dell'attività probatoria, svolta su richiesta di parte o *ex officio*, si verifica una modificazione degli elementi del fatto che avevano portato alla formulazione di un certo tipo di imputazione, l'art. 423 c.p.p. è applicabile. Senonché, il richiamo a questa disposizione in sede di giudizio abbreviato, sancito dalla l. 479/99, ha subito suscitato in dottrina aspre critiche. Si tratta, in effetti, di una norma dettata per l'udienza preliminare, la quale, a prescindere dalle considerazioni a suo tempo formulate sui risvolti della nuova disciplina, che sembrano indurre a qualificare la fase come vero e proprio giudizio di merito, è pur sempre destinata a concludersi, formalmente, non con una sentenza di condanna o di assoluzione – per quanto sembri che il giudice si esprima quasi in termini di colpevolezza od innocenza e non di sostenibilità o meno dell'accusa in dibattimento – ma con la sentenza di non luogo a procedere o il decreto che dispone il giudizio. In relazione a ciò, può apparire giustificabile che il legislatore, per l'ipotesi di modifica dell'imputazione, non abbia assicurato all'imputato il medesimo grado di tutela che invece gli garantisce in dibattimento. Così, la contestazione di un fatto diverso, di un reato

⁷¹⁰ A. NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, 2000, cit., 489.

connesso o di una circostanza aggravante ai sensi dell'art. 423 comma 1 c.p.p., se l'imputato non è presente, può essere fatta al difensore, mentre, ben altra disciplina prevede l'art. 520 c.p.p. per quanto riguarda il dibattimento⁷¹¹. Ma, l'applicazione di una tale disciplina in sede di giudizio abbreviato non poteva non destare serie perplessità, posto che questo rito speciale è, anche formalmente, a tutti gli effetti un giudizio di merito, per cui, il diritto di difesa ed al contraddittorio avrebbe dovuto essere tutelato nella stessa misura del dibattimento. Per quanto riguarda invece la contestazione di un fatto nuovo, *ex art. 423 comma 2 c.p.p.*, le perplessità erano minori, in quanto si evidenziava che l'imputato poteva pur sempre sottrarsi, rifiutando il proprio consenso⁷¹². Ma, al di là di tale ultima ipotesi, si riteneva che per evitare un'obiezione di illegittimità costituzionale, sarebbe stato comunque necessario assicurare all'imputato oltre che un termine a difesa, anche il diritto alla prova in relazione al fatto oggetto della nuova contestazione, con l'applicazione analogica della disciplina dettata per il dibattimento *ex art. 519 c.p.p.*⁷¹³.

Le esigenze espresse in dottrina rispetto alla disciplina dettata dalla l. 479/99, sono state sostanzialmente soddisfatte dalla l. 144/2000, la quale, con l'art. 2 *octies*

⁷¹¹ La norma dispone che quando il magistrato del pubblico ministero intende contestare i fatti e le circostanze indicate negli artt. 516 c.p.p. (modifica dell'imputazione per un fatto diverso) e 517 c.p.p. (fatto nuovo risultante dal dibattimento) all'imputato contumace o assente, chiede al giudice che la contestazione sia inserita nel verbale del dibattimento e che il verbale sia notificato per estratto all'imputato. In tal caso il dibattimento viene sospeso ed è fissata una nuova udienza con la concessione di un termine per la difesa.

⁷¹² R. ORLANDI, *op. cit.*, 457; P. CAPRIOGLIO, "Ordinanza che dispone il giudizio", *cit.*, 298.

⁷¹³ D. NEGRI, *op. cit.*, 488 s.; R. ORLANDI, *op. cit.*, 457, il quale ultimo limitava il diritto alla prova in caso di nuove contestazioni alla sola ipotesi in cui l'imputato avesse presentato una richiesta condizionata, con esclusione quindi del caso della richiesta semplice, avendo egli rinunciato al diritto alla prova "anche con riguardo a possibili mutamenti dell'imputazione".

ha inserito nel codice di procedura penale l'art. 441 *bis*. Il comma 1 di tale ultima disposizione prevede che quando, nei casi previsti dagli artt. 438 comma 5 e 441 comma 5, il magistrato del pubblico ministero procede ai sensi dell'art. 423 comma 1 c.p.p., l'imputato può chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie. Per l'effettuazione della scelta, che deve essere espressa nelle medesime modalità previste per la presentazione della richiesta di giudizio abbreviato (comma 2), si prevede che l'imputato o il difensore può chiedere al giudice la fissazione di un termine, non superiore a dieci giorni. Il medesimo termine può essere utilizzato per predisporre la linea difensiva a fronte della modifica dell'imputazione. Durante la pendenza del termine il giudizio rimane sospeso (comma 3).

Se l'imputato non chiede entro il termine che si prosegua con il procedimento ordinario, continua il giudizio abbreviato sulla base della nuova imputazione. In tal caso, l'imputato può chiedere l'ammissione di nuove prove in relazione alle nuove contestazioni, senza che debbano essere rispettati i presupposti stabiliti dall'art. 438 comma 5 c.p.p., salvo il limite della pertinenza e della rilevanza. Il magistrato del pubblico ministero può chiedere l'ammissione della prova contraria (comma 5). Se invece l'imputato chiede che il procedimento prosegua con le forme ordinarie, il giudice revoca l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato "e fissa l'udienza preliminare o la sua prosecuzione" (comma 4). In dottrina si è detto che ciò dovrebbe significare che il giudice deve fissare l'udienza "ogni qual volta la

trasformazione del rito sia stata preceduta da una richiesta di sospensione del giudizio abbreviato”; invece, se l’imputato ha chiesto che il processo prosegua nelle forme ordinarie immediatamente dopo la nuova contestazione – il che è sempre possibile, posto che la richiesta di sospensione è una facoltà attribuita all’imputato nel suo interesse e nulla impedisce che egli possa effettuare immediatamente la scelta – il giudice deve disporre la prosecuzione dell’udienza preliminare. Si è detto, infatti, che “in quest’ultimo caso, l’esordio del giudizio abbreviato è idoneo a surrogare la fase introduttiva dell’udienza preliminare, mentre, nel primo caso, essa dovrebbe ricominciare da capo per i necessari adempimenti (*in primis*, avvisi alle parti e verifica della loro comparizione): poco importa, dunque, che nella fase processuale antecedente alla richiesta di giudizio abbreviato a suo tempo proposta, una porzione d’udienza preliminare si fosse già svolta”⁷¹⁴.

In conclusione, si può dire che l’art. 441 *bis* c.p.p. ha la funzione di consentire all’imputato di tornare alla situazione precedente alla richiesta di giudizio abbreviato, per evitargli il pregiudizio delle nuove ed inattese contestazioni. Il ritorno alla fase precedente patisce però un limite. Secondo il comma 4 dell’art. 441 *bis* c.p.p., gli elementi raccolti ai sensi degli artt. 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p., sono parificati a quelli compiuti *ex art.* 422 c.p.p. In sostanza, è come se tali attività fossero state compiute durante una normale udienza preliminare.

⁷¹⁴ P. CAPRIOGLIO, *op. cit.*, 460.

Un'ultima considerazione deve essere fatta a proposito del comma 3 dell'art. 441 c.p.p., il quale stabilisce che il giudizio abbreviato si svolge in camera di consiglio, ma il giudice dispone che il giudizio si svolga in pubblica udienza quando ne fanno richiesta tutti gli imputati. Attraverso questa disposizione, il legislatore si è posto il problema di assicurare una più adeguata tutela dei diversi interessi in gioco⁷¹⁵, prendendo tuttavia in considerazione solo l'esigenza di economia processuale e quella di riservatezza dell'imputato, la quale ultima può spingerlo a prediligere una forma di esercizio non pubblico della giurisdizione. In effetti, per assicurare una maggiore celerità del procedimento, e sul presupposto che l'imputato ha interesse ad evitare il c.d. *strepitus fori*, il legislatore, per favorire l'adozione del rito, stabilisce che di regola l'udienza per il giudizio abbreviato si svolge in camera di consiglio, salvo che l'imputato richieda l'udienza pubblica. Lo svolgimento pubblico è quindi rimesso alla disponibilità dell'imputato, mentre non viene direttamente preso in considerazione l'altro interesse, connesso alla pubblicità, quale strumento di controllo della comunità sull'esercizio della giurisdizione, interesse che come detto emerge in via primaria dalla Costituzione e che, in quanto di carattere superindividuale, dovrebbe essere sottratto al potere dispositivo delle parti.

Esaurito l'esame analitico della disciplina del giudizio abbreviato, non ci si può sottrarre ad una valutazione complessiva della stessa. In linea generale, si può

⁷¹⁵ Sul tema, *retro*, 3.11, pag. 253 s.

dire che la possibilità e l'interesse dell'imputato a scegliere il giudizio abbreviato sono strettamente collegati alla completezza del quadro probatorio, tanto da indurre ad affermare che “muta radicalmente il ruolo e la funzione delle indagini preliminari. Le indagini del magistrato del pubblico ministero non potranno essere più limitate alle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale, ma dovranno, piuttosto, tener conto del fatto che esse potranno essere utilizzate per la decisione definitiva di merito, solo che l'imputato lo voglia”⁷¹⁶.

Un ruolo decisivo rispetto alla scelta del rito speciale è quello svolto dall'art. 415 *bis* c.p.p. In effetti, la *discovery* anticipata prevista da tale norma e le connesse facoltà disciplinate dai commi 3-5 della disposizione, permettono all'imputato (*rectius*: indagato) di rendersi immediatamente conto della sua situazione e di sollecitare eventualmente un supplemento investigativo, il quale, anche ove non dovesse riuscire ad incidere sulle determinazioni del magistrato del pubblico ministero, può comunque permettere l'acquisizione di ulteriori elementi la cui conoscenza può favorire una più consapevole introduzione del giudizio abbreviato⁷¹⁷. Una volta iniziata l'udienza preliminare, poi, entrano in gioco i poteri di cui all'artt. 421 *bis* e 422 c.p.p., mentre quando ormai si è già in sede di giudizio abbreviato, il materiale a disposizione del giudice ai fini della decisione di

⁷¹⁶ A. BARBARANO, *La riforma del processo penale (c.d. legge Carotti)*, cit., 209.

⁷¹⁷ Sul punto, *retro*, 3.16, pag. 323 s.

merito può essere integrato attraverso l'applicazione degli artt. 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p.

Questo dunque il sistema complessivo che esce dalla riforma. I singoli e specifici aspetti problematici sono già stati segnalati via via nel corso della trattazione delle varie norme considerate. Rimangono solo da prendere in considerazione taluni rilievi che sono stati mossi in dottrina in ordine alla nuova configurazione del giudizio abbreviato. Al di là di quelle che, alla luce delle considerazioni a suo tempo svolte, appaiono fin troppo facili obiezioni, in ordine connotazione sostanzialmente inquisitoria della disciplina in questione, soprattutto in relazione alle modalità di integrazione probatoria, tanto che ancora una volta si è paventata la rinascita del giudice istruttore⁷¹⁸, quel che veramente interessa in questa sede è analizzare i possibili risvolti della riforma sul piano della legittimità costituzionale.

Un primo problema nasce in relazione all'art. 101 comma 2 Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Sotto questo profilo, ci si è chiesti se l'attuale disciplina del giudizio abbreviato sia costituzionalmente legittima, visto che si concede all'imputato, in forza di una sua scelta unilaterale, il diritto di accedere al giudizio abbreviato, con conseguente diminuzione di pena, senza che sia più previsto né il consenso del magistrato del pubblico ministero né la

⁷¹⁸ R. BRICCHETTI, *Si all'abbreviato anche senza il consenso del pm*, cit., LX; G. FRIGO, *Il tramonto della collegialità oscura le garanzie*, cit., VIII.

mediazione costituita dalla valutazione del giudice⁷¹⁹. Il contrasto è però escluso da altra parte della dottrina, la quale, rilevato che la questione della compatibilità tra la disciplina previgente del giudizio abbreviato e l'art. 102 Cost. era già stata indirettamente risolta positivamente dalla Corte costituzionale con la citata sent. 313/90, afferma che “non fa differenza che l'applicazione della legge penale sia condizionata dalla volontà di una o di entrambe le parti. La nuova disciplina del giudizio abbreviato sembra quindi uscire indenne, sotto questo profilo, da possibili censure di legittimità, fondate sui valori di autonomia ed indipendenza della funzione giurisdizionale”⁷²⁰.

Altro aspetto problematico è quello che emerge dal rapporto della disciplina del giudizio abbreviato con l'art. 111 Cost. Si è infatti rilevato che il legislatore per un verso, in sede di costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, ha consacrato la regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, mentre, per altro verso, attraverso la riforma della disciplina del giudizio abbreviato, ha cercato di favorire il più possibile l'utilizzo di questa forma di definizione, fondata principalmente sugli elementi acquisiti nel corso del procedimento per le indagini preliminari, al punto che essa rischia addirittura di diventare la regola, ossia la forma ordinaria di esercizio della giurisdizione. Ciò crea serie perplessità perché “se è vero che lo stesso art. 111 Cost. attribuisce alla

⁷¹⁹ D. NEGRI, *op. cit.*, 463 s.

⁷²⁰ R. ORLANDI, *op. cit.*, 440 s.

legge di regolare i casi in cui il consenso dell'imputato può autorizzare la formazione della prova al di fuori della contrapposizione dialettica tra le parti, nondimeno, la solenne adesione al principio del contraddittorio non sembra poter essere ridimensionata nel suo significato, al punto tale che ad una legge ordinaria sia consentito degradare al rango di eccezione le ipotesi di partecipazione dei soggetti processuali, su di un piano di parità, all'assunzione della prova⁷²¹.

Occorre infine ricordare che la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi sulla nuova disciplina del giudizio abbreviato, in virtù di una serie di questioni di legittimità costituzionale avanzate da diversi giudici. In particolare, le censure più significative sono state sollevate nei confronti degli art. 438 e 441 c.p.p., per quanto attiene al problema dell'accesso al rito sulla base della sola richiesta dell'imputato, con conseguente violazione del principio del contraddittorio, in quanto il magistrato del pubblico ministero non è posto in condizione di interloquire, né il giudice può respingere la richiesta, che come detto integra un vero e proprio diritto dell'imputato ad essere giudicato nelle forme del giudizio abbreviato⁷²², con conseguente automatica riduzione di pena. Tale ultimo automatismo, inoltre, secondo i giudici rimettenti, sarebbe in contrasto con la funzione rieducativa della pena, data l'impossibilità per il giudice di commisurare la pena rispetto al fatto ed al soggetto. Sempre in relazione alla determinazione

⁷²¹ D. NEGRI, *op. cit.*, 446.

⁷²² In proposito, in giurisprudenza, Cassazione penale, sez. I, 15 gennaio 2001, in *Diritto & Giustizia*, n. 17/2001, 64.

della pena, un ulteriore profilo d'illegittimità costituzionale emergerebbe in relazione al principio della soggezione del giudice alla legge, come del resto evidenziato anche da una parte della dottrina. Tuttavia, la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità o l'infondatezza di queste e delle altre questioni di legittimità costituzionale sollevate, tutte risolte con la sent. n.115 del 7-9 maggio 2001⁷²³.

Rispetto alla vera e propria rivoluzione che ha investito il giudizio abbreviato, assai più circoscritte, almeno per quanto in questa sede interessa, sono le modifiche apportate alla disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti. Riprendendo in considerazione gli aspetti già valutati a suo tempo, quando si è esaminato l'assetto normativo antecedente alla riforma⁷²⁴, viene innanzi tutto in rilievo il nuovo art. 444 comma 2 c.p.p., il cui primo periodo è stato per altro riformulato con la semplice aggiunta del riferimento esplicito alla congruità della pena, con ciò recependosi le indicazioni della giurisprudenza costituzionale (art. 32 l. 479/99).

Ma, la principale novità tra quelle che vengono in rilievo in questa sede, è certamente quella prevista dal nuovo art. 446 c.p.p., così come modificato dall'art. 33 l. 479/99. Si prevede, infatti, al comma 2, che il termine ultimo per la presentazione della richiesta non è più il momento della dichiarazione di apertura

⁷²³ Pubblicata in *Diritto & Giustizia*, n. 22/2001, 45 ss., con nota di F. IZZO, *Le riforme hanno reso più elastico l'accesso al giudizio abbreviato; superato il dogma della valutazione allo stato degli atti*.

⁷²⁴ *Retro*, 3.11, pag. 257 ss.

del dibattimento, ma quello della formulazione delle conclusioni in udienza preliminare, a norma degli artt. 421 comma 3 e 422 comma 3 c.p.p., alla stregua di quanto stabilito per il giudizio abbreviato. Tuttavia, è prevista la possibilità di rinnovare, prima dell'apertura del dibattimento, la richiesta di applicazione di pena qualora, in precedenza, il giudice non abbia pronunciato sentenza conforme o il magistrato del pubblico ministero non abbia prestato il proprio consenso. La richiesta non può essere rinnovata oltre questo termine, ma il giudice può applicare la pena anche dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio d'impugnazione, quando ritiene ingiustificato il dissenso del magistrato del pubblico ministero o il rigetto della richiesta (art. 448 comma 1 c.p.p., come modificato dall'art. 34 l. 479/99)⁷²⁵.

L'anticipazione dei tempi del patteggiamento è stata valutata positivamente in dottrina. Si è infatti rilevato che “la collocazione del termine ultimo alla soglia del dibattimento, operata dal legislatore del 1988, veniva a procrastinare i tempi, allungandoli oltremodo e riducendo l'efficacia deflattiva del rito: infatti, la manifesta tendenza nella prassi a sfruttare fino all'ultimo tale opportunità, veniva a scaricare *in limine iudicii* il momento in cui patteggiare ed il relativo

⁷²⁵ Occorre per altro segnalare che i termini imposti dalla nuova disciplina possono di fatto essere ancora superati per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., a suo tempo segnalata (*retro*, 3.11, pag. 259 s.).

provvedimento giudiziale”⁷²⁶. Altri, invece, se per un verso riconosce che l’anticipazione dei termini produce effetti positivi sul piano dell’economia processuale, perché si evitano tutte le formalità introduttive del dibattimento e si risparmiano gli intervalli di tempo tra la fine dell’udienza preliminare e l’inizio del dibattimento, che nel previgente regime inevitabilmente allungavano la durata di procedimenti destinati a concludersi con il patteggiamento, per altro verso, dubita dell’effettiva capacità dell’innovazione di aumentare la portata deflattiva del rito in questione, perché “l’esperienza giudiziaria insegna che l’imputato [...] prende realmente conoscenza delle difficoltà di provare la propria innocenza solo nella fase più prossima al dibattimento, quando cioè deve organizzarsi, per articolare le prove delle quali chiedere l’ammissione”⁷²⁷. Questa posizione, tuttavia, non sembra tener conto adeguatamente del consistente spazio aperto alle attività istruttorie, sia prima che durante l’udienza preliminare, nella specie *ex artt. 415 bis, 421 bis e 422 c.p.p.*, che come per il giudizio abbreviato, hanno un ruolo fondamentale in funzione dell’introduzione del rito.

Infine, un ultimo problema. Si è detto dei diversi orientamenti sviluppatisi in ordine alla necessità o meno di un accertamento di responsabilità ai fini dell’applicazione della pena richiesta. Anche rispetto al nuovo quadro normativo,

⁷²⁶ D. VIGONI, “*La ridefinizione dei tempi*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 304. Nello stesso senso, F. PERONI, “*Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell’esistente*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., 512.

⁷²⁷ A. FURGIUELE, *Il patteggiamento dopo la riforma del 1999*, in *Giust. pen.*, 2000, III, 614.

da una parte si è sostenuto che la sentenza di patteggiamento continua in ogni caso ad avere natura atipica, in quanto dissociata da un previo accertamento della responsabilità penale⁷²⁸. Dall'altra, invece, con riferimento al controllo di *fondatezza* richiesto dall'art. 448 comma 1 c.p.p., si è affermato che in esso “non può rientrare solo la compatibilità con le condizioni formali per l'ammissibilità della domanda o la congruità della pena, altrimenti sarebbe stato sufficiente il riferimento al precedente *ingiustificato* dissenso del magistrato del pubblico ministero (o *ingiustificato* rigetto del giudice per le indagini preliminari). Il giudizio di *fondatezza* è più ampio e deve comprendere la valutazione in ordine all'opportunità e coerenza della domanda dell'imputato. [...] Pertanto, l'accertamento che [deve essere compiuto] riguarda la *fondatezza* della domanda e la sufficienza degli elementi di prova per dimostrare la responsabilità dell'imputato”⁷²⁹.

⁷²⁸ D. VIGONI, “Le sedi del patteggiamento e le possibilità di recupero ex post”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, cit., 306.

⁷²⁹ A. FURGIUELE, *Il patteggiamento dopo la riforma del 1999*, cit., 622.

CAPITOLO QUARTO

La legge processuale tra difesa sociale e garanzia per l'imputato.

4.1. La funzione del processo specchio dei valori fondamentali.

Il processo penale è suscettibile di diverse definizioni a seconda dello scopo perseguito e degli strumenti utilizzati in funzione del perseguimento di quello scopo. Così, un sistema processualpenalistico può assumere come fine principale quello della ricerca della verità, un altro può considerare rilevante in via primaria il modo di risoluzione della vicenda processuale. Tuttavia, il rapporto tra queste due caratterizzazioni fondamentali non è di reciproca esclusione, ma di complementarietà, determinandosi una diversa configurazione del sistema in relazione al modo in cui esse sono combinate, con una variabilità che è strettamente connessa alle circostanze di tempo, di spazio ed alle società prese in considerazione.

In effetti, salvo a voler accedere ad astratti e puri modelli di riferimento – come pure per semplificare tra poco si farà - è evidente che anche quei sistemi processuali che privilegiano l'accertamento della verità, non possono prescindere da un *minimum* di regole procedurali da rispettare per l'accertamento del fatto. Per converso, i sistemi processuali che pongono l'accento sul profilo procedurale, non possono non tendere all'accertamento della verità. Il *discrimen*, dunque, sta nel diverso approccio rispetto ad uno stesso problema, ossia quello della ricostruzione

del fatto; un diverso approccio che determina differenze procedurali dipendenti da una serie di concause, quali la forma istituzionale di governo, scelte di carattere politico, la tradizione storica o ragioni di opportunità e che si traducono nell'attribuzione di ruoli e poteri diversi al giudice ed agli altri protagonisti della vicenda processuale. Ma, qualunque strada si prescelga, la meta è, o forse più realisticamente dovrebbe essere, il raggiungimento della verità.

Senonché, il fine del processo penale non è e non può essere la verità assoluta. In effetti, “il processo è fare la storia, recente, di un fatto; anzi, dei protagonisti di un fatto, poiché il fatto in sé è avaro di significati, talvolta ambiguo. Un fatto criminale rappresenta solo il segno manifesto, esteriore di un lungo processo maturato nelle persone, autori o vittime del fatto medesimo, del quale s'ignora tutto, o sul quale molti parlano proiettando pensieri e sensazioni personali, interpretano, giudicano. L'abilità del giudice e delle parti sta appunto nel liberarsi del fatto, nel calarsi nei meandri delle insondabili realtà interiori di persone sconosciute, senza pregiudizio, senza dimenticare il fatto materiale, ma non illudendosi che la ricerca si esaurisca nel suo accertamento e che s'identifichi con la verità”, ossia con la verità assoluta che nessuno potrà mai ricostruire¹. Il processo penale, infatti, “necessariamente si attesta su una ricostruzione parziale ci

¹ D. BIELLI, *Caratteri del processo penale*, in *Quaderni di ricerca sul processo penale*, a cura di D. BIELLI, n. 4, Università degli studi di Siena, 1996, 23 s.

si augura il più vicino possibile (*rectius*: il meno lontano possibile) dalla verità fattuale e psichica che dovrebbe costituire il fine della ricerca”².

Il raggiungimento della verità assoluta costituisce dunque un’utopia. Il processo penale può tendere solo ad una verità *formale* o *processuale*, che non è la verità assoluta e cioè *sostanziale* o *materiale*, perché presenta sempre un certo grado di approssimazione³.

Attraverso la dicotomia verità formale – verità sostanziale si esprime anche la contrapposizione tra modelli processuali fondamentali. Infatti, la verità sostanziale è concepita come “raggiungibile con qualunque mezzo al di là di rigide regole procedurali”. E’ evidente che questa pretesa verità sostanziale, essendo perseguita al di fuori di regole e controlli [...] risulta inevitabilmente solidale con una concezione autoritaria ed irrazionalistica del processo penale”⁴. Al contrario, la verità processuale “è di per sé condizionata al rispetto delle procedure e delle garanzie di difesa. E’ insomma una verità più controllata quanto al metodo di acquisizione ma più ridotta quanto al contenuto informativo di qualunque ipotetica verità sostanziale”⁵. Quest’impostazione si attaglia allo stato garantista o liberale.

In termini poi di fenomenologia processuale, il sistema inquisitorio pone l’accento sul concetto di verità sostanziale, che esige una ricerca svincolata da

² N. VADALA’, *Un nuovo paradigma scientifico esige un nuovo metodo di ricerca processuale*, in *Quaderni di ricerca sul processo penale*, cit., 31.

³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione; teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2000, 17 ss.

⁴ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 17.

⁵ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 18.

regole prestabilite e dall'iniziativa delle parti e affidata, piuttosto, ai poteri autonomi d'indagine del giudice. Al contrario, nel sistema accusatorio "la verità processuale non è la conformità ai fatti reali accertabile d'ufficio con ogni possibile strumento, bensì una verità di genere retorico – argomentativo che riesce ad imporsi attraverso la logica dialettica del contraddittorio"⁶. Correlativamente, in un sistema di tipo autoritario, il diritto processuale penale assume una configurazione rigidamente strumentale all'attuazione del diritto penale sostanziale e quindi dei valori e degli ideali di cui questo è espressione, con il conseguente esercizio della giurisdizione teleologicamente orientato alla realizzazione delle scelte politiche del sistema. E proprio perché il diritto processuale ha una posizione strumentale, si esalta il dogma della verità materiale, in funzione dell'esatta individuazione della corrispondente fattispecie sul piano sostanziale. L'opposta soluzione, invece, configura il processo penale non come strumento per l'attuazione di fini eteronomi, ma come tecnica per la soluzione di un conflitto tra il reo ed il titolare dell'interesse lesa. In questa prospettiva, il giudice assume un ruolo di garante della contesa dialettica tra le parti e la procedura tende ad assumere "un'accentuata autonomia di scopi e di valori. Il rispetto delle regole processuali e l'osservanza delle regole del contraddittorio si autolegittimano"⁷. Il valore diventa il contraddittorio.

⁶ G. FIANDANCA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, III, 2024.

⁷ G. FIANDANCA, *op. cit.*, 2024.

Si tratta per altro – lo si è già detto, ma giova ripeterlo – di rappresentazioni puramente ideali, che anche al di là dei rilievi e delle obiezioni cui si prestano⁸, ben difficilmente trovano riscontro nella concreta realtà processuale. Una tale purezza di forme, per cui il processo penale è nettamente differenziato e distinguibile, assume un valore più che altro teorico e classificatorio, posto che i concreti sistemi processuali sono in realtà assai meno coerenti. Il ruolo del giudice, infatti, non è mai assolutamente passivo od attivo. Così che, tra i due estremi prende corpo una congerie di soluzioni intermedie, che assumono in prevalenza i caratteri ora dell'uno ora dell'altro archetipo, senza che questo si concretizzi mai attraverso la piena e massima realizzazione dei suoi caratteri tipici.

La prevalenza dell'uno o dell'altro modello di riferimento è il riflesso dell'opzione politico – ideologica dell'ordinamento, e quindi dei valori cui esso s'informa e delle esigenze che esso intende soddisfare. In effetti, “la storia del processo penale è la storia dell'eterno confronto fra due idee fondamentali, la difesa sociale e la tutela dei diritti dei cittadini, che sottintendono due modi di intendere lo scopo del processo penale [...] completamente diversi”⁹. La prima prospettiva sembrerebbe essere quella più scontata. Così, la funzione ordinante del diritto si esprime attraverso l'imposizione di regole di comportamento la cui violazione determina l'attivazione del meccanismo predisposto per il ripristino

⁸ *Retro, Introduzione*, pag. 7 ss.

⁹ N. VADALA', *Un nuovo paradigma scientifico esige un nuovo metodo di ricerca processuale*, cit., 35.

dell'ordine giuridico violato. Il processo penale è lo strumento predisposto dall'ordinamento per applicare la sanzione prevista ai danni di colui il quale ha trasgredito il precetto penale¹⁰. Esso è quindi posto a salvaguardia degli interessi dell'intera collettività e tutela perciò l'interesse pubblico leso dal disordine conseguente alla violazione. Sennonché, come si è rilevato, in tal modo non si tiene conto del fatto che “al di là del suo porsi come meccanismo cui si ricorre in via di mera consequenzialità rispetto ad un avvenimento realizzatosi nel mondo esteriore e indipendentemente dagli epiloghi ai quali può dar luogo, il processo è soprattutto momento di verifica dell'illiceità, penalmente rilevante dell'episodio che accerta, della sua riferibilità alla condotta del soggetto [...]. Ci si dimentica, altresì, che la ragione per la quale è previsto che il processo penale possa concludersi, oltre che con l'affermazione della responsabilità del soggetto, anche con il riconoscimento della sua innocenza, si spiega con l'essenza dell'intervento giurisdizionale, che ha funzione di mezzo e non di fine. Se, quindi, può concludersi anche con una pronuncia di non responsabilità o di non avvenuta violazione del precetto penale, non è dato sostenersi che il suo scopo è nel ripristino dell'ordine giuridico violato”¹¹. Se il suo scopo fosse infatti quello del ripristino dell'ordine giuridico violato, il processo penale assumerebbe una posizione rigidamente strumentale rispetto al diritto sostanziale, la dove, invece, la dottrina moderna

¹⁰ A.A. DALIA, “*Processo e metodo*”, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, I, Giuffrè, Milano, 1990, 65.

¹¹ A.A. DALIA, *La garanzia della giurisdizione penale*, in *Annali dell'istituto di diritto e procedura penale*, Università degli studi di Salerno, n. 1-2, 1993, 45.

rivendica alla legge processuale un'autonomia di scopi e di funzioni. Più, precisamente, la funzione del processo penale non è l'accertamento della verità materiale, in funzione dell'applicazione del diritto sostanziale; esso, al contrario, ha una funzione di garanzia dell'imputato, che si esplica nell'esercizio della giurisdizione nel rispetto di terminate forme e procedure che tendenzialmente assicurano l'imparzialità dell'organo giudicante nell'accertamento dei fatti di causa. In effetti, come rilevato, "l'identificazione del processo e della giurisdizione con la forma o le forme del procedere ha in sé implicita un'immediata dimensione di garanzia [...] [e] un preciso valore di difesa della libertà dell'individuo, poiché traccia un limite oggettivo all'operato dell'autorità inquirente e scongiura, quindi, il pericolo dell'arbitrio e della sopraffazione¹². In questa prospettiva, non è la verità sostanziale ad essere fine del processo penale, ma è il processo penale che costituisce lo strumento o il mezzo per l'elaborazione della verità processuale¹³, a sua volta frutto della contrapposizione dialettica delle parti davanti al giudice, in condizione di tendenziale parità. E la verità processuale non è una verità, per così dire, in tono minore, ma è l'unica verità possibile; una verità che "si coglie meglio nella regolamentazione e nell'ordine e secondo un metodo dialettico di formazione della prova cui si dà il nome di contraddittorio"¹⁴.

¹² A.A. DALIA – G. PIERRO, "Giurisdizione penale", in Enciclopedia Giuridica, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, vol. XV, Roma, 1989, 3.

¹³ G. RICCIO, *Ideologie e modelli del processo penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, 203.

¹⁴ N. VADALA', *op. cit.*, 31.

Alla luce delle precedenti considerazioni, assume ormai maggiore concretezza la distinzione a suo tempo segnalata tra *funzione del processo* ed *oggetto del procedimento*. “Avviato per accertare se un fatto ha i caratteri dell’illecito, il procedimento penale si tramuta da procedimento per le indagini preliminari in processo, per assicurare a chi è raggiunto da un’imputazione che l’accertamento si svolga nel rispetto di quelle garanzie che la tutela costituzionale della persona individua come essenza della giurisdizione”¹⁵. Sennonché, premesso che a questo punto l’indagine si sposta dal livello puramente teorico a quello della concreta fenomenologia processuale, assumendo, come doveroso, a parametro di riferimento la legge processuale vigente in Italia, quest’impostazione sembra assumere rilievo più nella prospettiva del *dover essere* che in quella dell’*essere*. In effetti, sono note, perché le si sono già ampiamente esaminate in precedenza, le vicende che portarono all’emanazione del nuovo codice di procedura penale e le idealità ad esso sottese, che si espressero in un’articolazione del processo penale incentrata sulla sia pure imperfetta separazione delle fasi, presupposto essenziale per una qualificazione del sistema in termini di accusatorietà, anche se solo tendenziale. Gradualmente, tuttavia, quella che è stata definita la “cultura della difesa sociale”¹⁶ prese nuovamente il sopravvento, con una conseguente progressiva diluizione delle garanzie del processo accusatorio. Tale involuzione esprimeva l’esigenza di una

¹⁵ A.A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam. Padova, 2000, 33.

¹⁶ G. FIANDANCA, *Modelli del processo e scopi della giustizia penale*, cit., 2026.

maggior efficienza nell'esercizio della giurisdizione penale, attraverso la rimozione di alcuni dei capisaldi dell'impostazione accusatoria del processo penale, che si ponevano come ostacoli al completo accertamento dei fatti. Tanto che la Corte costituzionale, come a suo tempo rilevato¹⁷, espressamente ravvisò la funzione del processo nell'accertamento della verità, intesa non come verità processuale ma come verità *sostanziale*. Pertanto, l'esaltazione dell'aspirazione efficientista si traduceva in una controriforma del sistema processuale, anziché portare ad un rafforzamento dell'efficienza strutturale degli apparati giudiziari e quindi ad un miglioramento nell'organizzazione e nel funzionamento dei servizi. Quest'impostazione, che in fondo dissimulava l'assegnazione al processo penale di un ruolo strumentale rispetto all'attuazione delle scelte di politica criminale, comportava, nella sostanza, la prevalenza dell'esigenza di efficienza del processo, intesa come accertamento del fatto e delle relative responsabilità, sull'esigenza di tutela dell'imputato, mentre invece "il valore dell'efficienza non deve porsi in contrasto con la salvaguardia delle garanzie individuali, le quali, anzi, in un sistema processuale ben ordinato, concorrono ad assicurare l'efficienza del processo, e ne sono a loro volta rafforzate"¹⁸. Detto in altri termini, "la vera efficienza processuale è tale solo se ingloba anche l'efficienza nel riconoscimento e nello sviluppo delle

¹⁷ *Retro, Introduzione*, pag. 12 s.

¹⁸ V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto; itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000, 13.

garanzie processuali. L'efficienza di un processo non è quella di un processo purchessia in funzione di una maggiore repressione¹⁹.

Dopo il primo decennio di vigenza del codice di procedura penale, il legislatore, come visto, si è impegnato in una poderosa opera di riforma del sistema processuale, la cui effettiva portata è in parte ancora da verificare²⁰. Quel che si può senz'altro dire è che certamente non si è espresso un indirizzo univoco od uniforme, non solo quando si confrontano tra di loro i diversi interventi legislativi, ma anche sul piano della coerenza interna ai singoli provvedimenti. Per quanto attiene in modo particolare alla legge 479/99, che ha costituito l'oggetto principale di questo studio, la nuova disciplina della fase preliminare e nella specie, della conclusione delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, si caratterizza per un ampliamento delle garanzie difensive, strettamente connesso, anzi, consequenziale all'amplificazione dei poteri ufficiosi. Il sistema complessivo delineato dalla legge, come più volte si è detto, determina quanto meno un indebolimento della connotazione accusatoria del processo penale, salvo, come pare più plausibile, ritenere perfezionata la definitiva destrutturazione del modello processuale inizialmente concepito dal legislatore, con evidenti implicazioni sul piano della funzione del processo che sembra degradare verso modelli inquisitori.

¹⁹ M. CHAVARIO, "Garanzie individuali ed efficienza del processo", in AA.VV., *Il giusto processo*, Atti del Convegno di Salerno, 11 – 13 ottobre 1998, Giuffrè, Milano, 54.

²⁰ Si pensi per esempio alla legge in materia di indagini difensive o alla c.d. legge di attuazione del giusto processo.

Per quanto riguarda in modo particolare l'udienza preliminare, la stessa Corte costituzionale aveva affermato che essa era stata ordinariamente concepita come un procedimento allo stato degli atti e non come uno strumento di accertamento della verità materiale, cioè come fase processuale e non di cognizione piena. In relazione a ciò si giustificava la restrizione del diritto alla prova in quella sede. Oggi la situazione sembra delinarsi in termini radicalmente diversi. Una volta, infatti, che l'udienza preliminare è diventata fase sempre più pregante ed essenziale del processo, non pare più sostenibile che a questa sorta di nuovo giudice istruttore che gestisce questa fase sia preclusa la ricerca di una supposta verità materiale²¹, la quale, una volta statuita, in caso di passaggio al successivo dibattimento, ben difficilmente potrà non condizionare il giudice. Pertanto, si è mantenuto in vita un istituto che fisiologicamente dovrebbe assolvere una funzione di verifica dell'accusa, si da impedire lo svolgimento del giudizio pubblico per le accuse azzardate, ma che in realtà può essere fonte di un grave *pre-giudizio* per l'imputato eventualmente rinviato a giudizio. La separazione delle fasi diventa una finzione ed il processo accusatorio si riduce a vuota forma.

²¹ S. GIORDANO, *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, in *Riv. pen.*, 2000, 979.

INDICE DEGLI AUTORI

1. ADORNO R., “*Sulla pubblicazione del contenuto degli atti d’indagine coperti da segreto*”, in AA.VV., *Percorsi di procedura penale; dal garantismo inquisitorio ad un accusatorio non garantito*, Giuffrè, Milano, 1996, 167 ss.
2. AMODIO E., *L’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, Testo della relazione svolta al XVI Convegno studio E. De Nicola, “*Verso una nuova giustizia penale*”, Lecce, 18 – 20 marzo 1988, in *Cass. pen.*, 1988, 2172 ss.; “*Lineamenti della riforma*”, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Giuffrè, Milano, 2000, 1 ss.; AMODIO E. - Dominionioni O., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989.
3. ANCA G.M. “*Udienza preliminare*”, *Digesto (disc. pen.)*, vol. XV, Utet, Torino, 1999, 22 ss.
4. ANTICO U., “*La legge Carotti*”, *Unità per la Costituzione – Incontro con gli uditori giudiziari*, Napoli, 7 gennaio 2000.
5. APRILE E., *Giudice unico e processo penale; commento alla legge Carotti 479/99*, raccolta “*Teoria e pratica del diritto*”, Giuffrè, Milano, 2000; *I riti speciali: le prassi applicative tra logica originaria degli istituti e disciplina integrata dalle pronunzie costituzionali*, in *Leg. pen.*, 1999, II, 579 ss.
6. ARICO’ G., “*Applicazione della pena su richiesta delle parti*”, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di Dalia A.A., Jovene, Napoli, 1989, 97 ss.
7. BARAZZETTA A., *Gli snodi processuali, la nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, 501 ss.
8. BARBARANO A., *La riforma del processo penale (c.d. legge Carotti)*, Esselibri, Napoli, 2000.
9. BARTONE N., *Aspetti patologici dell’udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 684.
10. BENE T., “*La sentenza di non luogo a procedere*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb L., Giuffrè, Milano, 2000, 439 ss.
11. BERNASCONI A., *L’udienza preliminare tra istanze di tutela ed esigenze deflazionistiche: profili comparativi*, in *Ind. pen.*, 1992, 751.

12. BIELLI D., *Natura e funzione dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 1991, 262; “*Caratteri del processo penale*”, in *Quaderni di ricerca sul processo penale*, n. 4/1996, Università degli studi di Siena, 1 ss.
13. BILANCETTI, M., *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 295 ss.
14. BOIDO A., *Sulla valutabilità delle circostanze attenuanti da parte del giudice dell'udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 1999, I, 143 s.
15. BONSIGNORI R., “*Archiviazione*”, Enciclopedia del diritto, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 119.
16. BRESCIANI L., “*Giudice per le indagini preliminari*”, Digesto (disc. pen.) vol. V, Utet, Torino, 1991, 474 ss.
17. BRICCHETTI R., *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, in *Guida dir.*, n. 1/2000, XLI; *Ibidem*, *Si all'abbreviato anche senza il consenso del pm*, LX; *Ibidem*, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, XLVII; BRICCHETTI R. – Randazzo E., *Manuale dell'avvocato-investigatore: la difesa muove e vince in 39 mosse. Il dilemma del momento processuale in cui esibire le prove*, in *Diritto & Giustizia*, n. 47/2000, 21 ss.
18. BRIZIO R., “*Applicazione della pena su richiesta*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., agg. I, Utet, Torino, 1993.
19. BULZELLI S., *Per un giudizio abbreviato coerente con la scelta accusatoria della legge delega*, in *Cass. pen.*, 1991, 507.
20. CAIANIELLO M., *Proscioglimento ex art. 129 c.p.p. e udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1999, IV, 2298.
21. CALAMANDREI I., “*L'udienza preliminare nel processo inglese*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del Convegno di Perugia, 14 – 15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, 271.
22. CAMPAGNA F., “*Udienza preliminare*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., agg. I, Utet, Torino, 1992, 681 ss.

23. CANZIO G., “*Giudizio abbreviato*”, Enciclopedia del diritto, agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, 617 ss.; *I procedimenti speciali a seguito delle novelle legislative e degli interventi della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, I, 73 ss.
24. CAPRIOGLIO P., “*Tempi e modalità della richiesta*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2000, 297; *Ibidem*, “*Ordinanza che dispone il giudizio*”, 298; *Ibidem*, “*Decisione del giudizio abbreviato*”, 301.
25. CAPRIOLI F., “*Contenuti e modalità di formazione del nuovo fascicolo per il dibattimento*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2000, 294; *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 287 ss.
26. CARACENI L., “*Informazione di garanzia*”, Enciclopedia del diritto, agg. III, Giuffrè, Milano, 1999, 695 ss.
27. CARCANO D. – Manzione D., *Il giusto processo*, in *Quaderni di Diritto & Giustizia* (supplemento al n. 15/2001), Giuffrè, Milano, 2001; *Sentenza di non luogo a procedere ed evidenza probatoria*, in *Cass. pen.*, 1992, II, 1573; CARCANO D. – Fidelbo G., “*Le disposizioni sul processo penale*”, in AA.VV., *Il giudice unico*, Giuffrè, Milano, 2000, 221 ss.; *La soglia dei dieci anni di pena divide le nuove attribuzioni tra monocratico e collegiale*, in *Diritto & Giustizia*, n. 2/2000, 49 ss.; *L'imputato dominus dei procedimenti speciali con il rito abbreviato senza il consenso del pm*, in *Diritto & Giustizia*, n. 2/2000, 62 ss.
28. CARLI L., *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari nella prospettiva del giusto processo*, in *Giust. pen.*, 2000, III, 675.
29. CASCINI G. – Saraceni L., *Efficienza e garanzia: una proposta di modifica dell'udienza preliminare e del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1991, 520 ss.
30. CASELLI LAPESCHI A., *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: un'opinione critica sull'apertura della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, I, 97 ss.
31. CASIBBA F., *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 401 ss.
32. CATALANO E. M., “*Il giudizio abbreviato*”, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Giuffrè, Milano, 2000, 117 ss.

33. CERQUA L.D., *Riti alternativi ed incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cass. pen.*, 1992, II, 1702.
34. CHIAVARIO M., *La riforma del processo penale; appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1990; “*Garanzie individuali ed efficienza del processo*”, in AA.VV., *Il giusto processo*, Atti del Convegno di Salerno, 11 – 13 ottobre 1996, Giuffrè, Milano, 1998, 53 ss.
35. CHILIBERTI A. – Roberti F. – Tucillo G., *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, racc. “Teoria e pratica del diritto”, Giuffrè, Milano, 1997.
36. CONFALONIERI A., *Il patteggiamento ridimensionato*, in *Giur. it.*, 1992, II, 533.
37. CONSO G., “*Accusa e sistema accusatorio*”, Enciclopedia del diritto, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 334 ss.; “*Problemi di metodo e scelte di fondo*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del Convegno di Perugia, 14 – 15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, 169 ss.; “*Conclusioni*”, in AA.VV., *L’udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 173 ss.; *Conclusioni di un dibattito sull’udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 65 ss.
38. CONTI C., *Da un’assurda contabilità cautelare arbitri e contrasti giurisprudenziali*, in *Diritto & Giustizia*, n. 44/2000, 78.
39. CORDERO F., *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990; *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995.
40. CORVI P., *Udienza preliminare: sempre più udienza, sempre meno preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, II, 1081 ss.
41. COSTANTINI M., *La declaratoria di non punibilità nell’udienza preliminare dopo la legge Carotti*, in *Cass. pen.*, 2001, 1375 ss.
42. CREMONESI L., *Il patteggiamento nel processo penale*, Il sole 24 ore, Milano, 1999.
43. DALIA A.A. – Ferraioli M., *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 1997, 2000; “*Processo e metodo*”, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1990, 59 ss.; DALIA A.A. – Pierro G., “*Giurisdizione penale*”, Enciclopedia Giuridica, vol. XV, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, Roma, 1989, 1 ss.; in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di Dalia A.A., Jovene, Napoli, 1989, 243; “*La contestazione dell’imputazione provvisoria*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a*

- prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla legge 16 luglio 1997 n. 234*, Giuffrè, Milano, 1997; “*La garanzia della giurisdizione penale*”, in AA.VV., *Annali dell'istituto di diritto e procedura penale*, Università degli studi di Salerno, n. 1-2, 1993; “*L'apparente ampliamento degli spazi difensivi nelle indagini e l'effettiva anticipazione della soglia di giudizio*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. - Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb L., Giuffrè, Milano, 3 ss.
44. DAMASKA M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di Giussani A. – Rota F., Il Mulino, Bologna, 1991, edizione originale: *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986.
45. DE CARO. A., “*L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare*”, In AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb. L., Giuffrè, Milano, 2000, 385 ss.
46. DE CHIARA G., “*L'impatto del nuovo art. 34 comma 2 ter c.p.p. sulle fisionomie dell'incompatibilità endoprocessuale*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, 173 ss.
47. DELLA SALA P. “*Brevi considerazioni sull'udienza preliminare*”, in AA.VV., *Riforma del processo penale; rito accusatorio ed inquisitorio a confronto*, Sapere, 2000, 1990, 81 ss.
48. DI BONITO M.L., *Sui termini di custodia cautelare si è rischiate la lesione costituzionale; la l. 4/2000 ha circoscritto le scelte emergenziali*, in *Diritto & Giustizia*, 6/2001, 8.
49. DI BUGNO C., in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, in *Leg. pen.*, 398 ss.
50. DIDDI A., “*Rimeditando sulle forme della giurisdizione monocratica*”, in AA.VV., *Giudice unico e giusto processo; stato della normativa*, in *Giust. pen.*, 2000, I, 35 s.
51. DOMINIONI O., “*Imputazione*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, 818; “*Chiusura delle indagini preliminari ed udienza preliminare*”, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, 55 ss.;

- DOMINIONI O. – Amodio E., *Commentario del nuovo di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989; *Udienza preliminare*, in *Quaderni del CSM*, 1988, n. 20, 119.
52. FANCHIOTTI V., *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987.
53. FANIZZI V., *Atipicità della sentenza di patteggiamento e principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, 1994, I, 117 ss.
54. FANULLI G.L. – Laurino A., *Non luogo a procedere per estinzione del reato a seguito del riconoscimento di circostanze attenuanti?*, in *Cass. pen.*, 1998, I, 306 ss.
55. FASSONE, E., *“Il giudizio”*, in AA.VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1993.
56. FAZZALARI E., *“Procedimento (teoria generale)”*, Enciclopedia del diritto, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986. 819.
57. FERRAIOLI M. – Dalia A.A., *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 1997, 2000; *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 1998; *“Giudizio abbreviato”*, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di Dalia A.A, Jovene, Napoli, 1989, 3 ss.; *La separazione delle fasi; limiti e proiezioni di uno schema*, Relazione presentata al Convegno dell’Associazione degli studiosi del processo penale, Como, 24 – 26 settembre 1999, *datt.*; *“Il nuovo sistema delle letture dibattimentali”*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. - Ferraioli M., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, a cura di Dalia A.A., Giuffrè, Milano, 1998.
58. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione; teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2000.
59. FERRARO A., *Il giudice dell’udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1989, II, 1131 ss.
60. FERRUA P., *L’indagine entra nel dibattimento solo attraverso il contraddittorio: il codice di procedura penale ritrova lo spirito accusatorio*, in *Diritto & Giustizia*, n. 7/2001, 8 ss.; *Studi sul processo penale; declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, Torino, 1997; *Dalla Camera soluzione equilibrata sui limiti all’utilizzo delle dichiarazioni*, in *Diritto & Giustizia*, 40-41 /2000, 10.
61. FIANDANCA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, III, 2024 s.

62. FIDELBO G. – Carcano D., “*Le disposizioni sul processo penale*”, in AA.VV., *Il giudice unico*, Giuffrè, Milano, 2000, 221 ss.; *Con l’udienza preliminare il monocratico acquista le garanzie del rito collegiale*, in *Diritto & Giustizia*, n. 2/200, 68.
63. FILIPPI L., “*L’accertamento della regolare costituzione delle parti*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2000, 190; *Ibidem*, “*La rinnovazione dell’avviso dell’udienza preliminare*”; *Ibidem*, “*L’impedimento a comparire dell’imputato e del difensore*”, 191; *Ibidem*, “*Istanze riformistiche e approdi inquisitori*”, 189; “*La contumacia, l’assenza e l’allontanamento dell’imputato e l’impedimento del difensore nell’udienza preliminare*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb L., Giuffrè, Milano, 2000, 325 ss.
64. FIORE. C., *Diritto penale*, Utet, Torino, 1997.
65. FOSCHINI G., “*Dibattimento*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 343 ss.
66. FRIGO G., “*Udienza preliminare*”, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., vol. IV, Utet, Torino, 1990, 565 ss.; *Il tramonto della collegialità oscura le garanzie*, in *Guida dir.*, 1/2000, IX.
67. FURGIUELE A., *Il patteggiamento dopo la riforma del 1999*, in *Giust. pen.*, 2000, III, 610 ss.
68. GALATI A., “*L’udienza preliminare*”, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1996, 189 ss.; “*Le ulteriori informazioni ed i criteri decisori nell’udienza preliminare*”, in AA.VV., *L’udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 -22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 105 ss.; *Riflessioni sull’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, II, 483.
69. GALATINI N., “*La nuova udienza preliminare*”, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Giuffrè, Milano, 2000, 93 ss.
70. GALLUCCI E., “*Indennizzi fino ad un miliardo per l’ingiusta detenzione: la difesa può riaprire l’indagine preliminare*”, in *Diritto & Giustizia*, n. 2/2000, 58 ss.
71. GAMBARDELLA M., “*Udienza preliminare*”, in *Codice di procedura penale; rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Lattanzi G. - Lupo E., vol. IV, Giuffrè, Milano, 1998, 527 ss.

72. GARUTI G., *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1996; "La nuova fisionomia dell'udienza preliminare", in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni F., Cedam, Padova, 2000, 353; "La formazione del fascicolo per il dibattimento", in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di L. Kalb, Giuffrè, Milano, 2000, 529 ss.; *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagini e processo*, testo della relazione tenuta nel Convegno di Frascati del 12 maggio 2000, in *Riv. pen.*, 2000, 969 ss.; *Nuove osservazioni sulla regola di giudizio ex art. 425 c.p.p. ai fini della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.*, 1996, III, 2710 ss.; *Udienza preliminare e insufficienza probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, n. 6, 726 ss.
73. GIANZI G., "Contumacia (dir.proc.pen.)", *Enciclopedia del diritto*, agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 443 ss.
74. GIORDANO S., *Nuovi poteri istruttori del gup e regola di giudizio*, in *Riv. pen.*, 2000, 977 ss.
75. GIUDICEANDREA N., "Costituzione in giudizio", *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 234 ss.
76. GREVI V., "Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari", in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, 15 ss.; "Scelte discutibili in materia di disciplina transitoria", *Alla ricerca di un processo penale giusto*, Giuffrè, Milano, 2000; GREVI V. – G. Neppi Modona, "Dalla legge delega del 1974 al progetto preliminare del 1978", in AA. VV., *Il nuovo codice di procedura penale; dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, Cedam, Padova, 1989, 121 ss.; *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1317; *Oggi via al giudice unico ma ci sono nuove leggi che fermano i processi*, in *Corriere della sera*, 3 gennaio 2000, 16.
77. GRILLI L., *Giudice unico e processo penale*, Cedam, Padova, 2000.
78. GROSSO D., "Problemi dell'udienza preliminare", in *Giust. pen.*, 1988, 326 ss.; *L'udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1991; "Dichiarazioni spontanee dell'imputato anche all'udienza preliminare", in *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2000, 280 s.; *Ibidem*, "Integrazioni conoscitive eterogenee nell'impossibilità di decidere allo stato degli

- atti”, 282; *Ibidem*, “Incompletezza delle indagini ed esercizio dell’azione penale”, 282; *Ibidem*, “Integrazione probatoria: prognosi di decisività delle prove in funzione del non luogo a procedere”, 284; *Ibidem*, “Insufficienza e contraddittorietà degli elementi acquisiti”, 287; *Ibidem*, “Il difetto d’imputabilità”, 285.
79. IANNUZZI L., *Le indagini del pubblico ministero tardive, suppletive, ed integrative*, in *Giur. pen.*, 2001, III, 1 ss.
80. ILLUMINATI G., “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”, *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Istituto della Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, Roma, 1988, 1 ss.; “Il giudizio immediato”, in AA.VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Atti del Convegno di Salerno, 30 settembre – 2 ottobre 1988, Giuffrè, Milano, 1990.
81. IOVINO F.P.C., “La costituzione delle parti all’udienza preliminare”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura L. Kalb, Giuffrè, Milano, 2000, 299 ss.
82. IZZO F., *Le riforme hanno reso più elastico l’accesso al giudizio abbreviato; superato il dogma della valutazione allo stato degli atti*, in *Diritto & Giustizia*, n. 22/2001, 43 ss.
83. KOSTORIS R.E., *La rappresentanza dell’imputato*, Giuffrè, Milano, 1986; “Rappresentanza dell’imputato”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1986, 515 ss.
84. KROGH M., *Art. 425 c.p.p.: sulla nozione di evidenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, I, 350.
85. LATTANZI G., *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 1988, III, 2192; *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1989, III, 2105 ss;
86. LAURINO A. – Fanulli G.L., *Non luogo a procedere per estinzione del reato a seguito del riconoscimento di circostanze attenuanti?*, in *Cass. pen.*, 1998, I, 307 ss.
87. LAVARINI B., *La definibilità del processo allo stato degli atti nel giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1994, 564 ss.
88. LEO G., *Problemi dell’udienza preliminare*, in *Ind. pen.*, 1996, 474.
89. LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1983; LEONE G. – Mencarelli F., “Processo penale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 441.

90. LI VECCHI R., *Poche ma chiare parole sul progetto preliminare di codice di procedura penale nonché sul processo a carico degli imputati minorenni*, in *Riv. pen.*, 1988, 545 ss.; *L'udienza preliminare e le sue problematiche dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Riv. pen.*, 1994, II, 353.
91. LORUSSO S., *Immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità e giudice per le indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1995, IV, 3480; *Limiti oggettivi al giudizio abbreviato, giudice naturale e pubblicità dei giudizi: considerazioni in margine alla sentenza n. 176 del 1991*, in *Cass. pen.*, 1992, I, 530; *Provvedimenti allo stato degli atti e processo penale di parti*, Giuffrè, Milano, 1995.
92. LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1997, 2000; *“Il diritto di difesa nell'udienza preliminare”*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del Convegno di Cagliari, 29 settembre – 1 ottobre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, 131 ss.; *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1077 ss; id., in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 15 ss.
93. MACCHIA A., *“L'udienza preliminare”*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 37; *La nuova sentenza di non luogo a procedere ed il decreto che dispone il giudizio: tra criptomotivazione e dubbi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 1993, IV, 2414 s; *Il giudice dell'udienza preliminare: giudice di merito o giudice di rito?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, II, 545 ss.; *Il patteggiamento*, raccolta “Teoria e pratica del diritto”, Giuffrè, Milano, 1992; *Incidente probatorio ed udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*, in *Cass. pen.*, 1994, II, 1790.
94. MALINVERNI P., *“La sentenza di non luogo a procedere ed il problema della prova”*, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 145; id., *Giust. pen.*, 1992, III, 193 ss.
95. MANFREDI A., *I presupposti della sentenza di non luogo ed il concetto di evidenza probatoria di cui all'art. 425 c.p.p. L'alternativa all'abolizione o facoltatività dell'udienza preliminare*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, II, 649 ss.
96. MANZIONE D., *D.Lgs 19/2/1998 n. 51 (Giudice unico)*, in *Leg. pen.*, 1998, 421; MANZIONE D. – CARCANO D., *Il giusto processo*, in *Quaderni di Diritto & Giustizia* (supplemento al n.

- 15/2001), Giuffrè, Milano, 2001; “*Udienza preliminare*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., IV, Utet, Torino, 1990, 659 ss.; “*Sentenza di non luogo a procedere*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., agg. II, Utet, Torino, 1993, 206 s.; *Le prassi applicative nel giudizio abbreviato: regole del processo ed istituti di diritto sostanziale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, I, 137.
97. MARANDOLA A., *Un punto fermo e non poche incertezze in tema di immeditata declaratoria di determinate cause di non punibilità in sede di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1999, II, 950 ss.
98. MAROTTA S., “*Sentenza penale*”, Digesto (disc. pen.), vol. XIII, Utet, Torino, 1997, 162 ss.
99. MARZADURI E., “*Udienza preliminare*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., IV, Utet, Torino, 1990, 669; “*Atti e provvedimenti del giudice*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., II, Utet, Torino, 1990, 106 ss.; *Rito monocratico anche senza udienza preliminare*, in *Guida dir.*, 1/2000, LXXXII.
100. MASSA C., in AA.VV., *Lineamenti del nuovo del nuovo processo penale; dai soggetti al giudizio di primo grado*, Jovene, Napoli, 1993; “*Confisca (dir. e proc. pen.)*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, 980 ss.
101. MASSARO I., “*Il divieto di pubblicazione di atti e di immagini*”, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura L. Kalb, Giuffrè, Milano, 2000, 173 ss.
102. MAZZA O., *I paradossi dell’attuale giudizio abbreviato e le prospettive di soluzione nel solco della delega*, in *Cass. pen.*, 1992, 1992.
103. MENCARELLI F. – Leone G., “*Processo penale (diritto vigente)*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, 411.
104. MOLARI A., “*Lineamenti e problemi dell’udienza preliminare*”, in AA.VV., *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Atti del Convegno di Venezia, 7 – 9 ottobre 1988, a cura di Fortuna E. – Padoan A., Cedam, Padova, 1989, 55 ss.
105. MOSCARINI P., *La contumacia dell’imputato*, Giuffrè, Milano, 1997; *Udienza preliminare e presenza dell’imputato: un’anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia*

- predibattimentale e dibattimentale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, 287 ss.
106. NAPPI A., *Profili dell'udienza preliminare nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 514 ss.; *"Udienza preliminare"*, Enciclopedia del diritto, vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 518 ss.; *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995, 2000; *Il "111" e la riforma processuale rilanciano lo spirito dell'89; entusiasmi ed allarmismi ingiustificati*, in *Diritto & Giustizia*, n. 1/2000, 6 ss.; *Considerazioni sui presupposti del giudizio abbreviato*, in *Arch., nuova proc. pen.*, 1995, II, 753; *"Codice di procedura penale"*, Enciclopedia del diritto, I agg., Giuffrè, Milano, 1997, 292 ss.
107. NEGRI D., *"Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale"*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 441 ss.
108. NEPPI MODONA G. – GREVI V., *"Dalla legge delega del 1974 al progetto preliminare del 1978"*, in AA. VV., *Il nuovo codice di procedura penale; dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, Cedam, Padova, 1989, 121 s.
109. NOBILI M., *"Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?"*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, 21 ss.; *"La difesa nel corso delle indagini preliminari; i rapporti con l'attività del pubblico ministero"*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, Milano, 1997, 70 ss.
110. NORMANDO R., *"Il decreto che dispone il giudizio"*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb. L., Giuffrè, Milano, 2000, 477 ss.; *Ibidem*, *"La nuova udienza preliminare: la riscrittura dei parametri di utilità del giudizio"*, 249 ss.
111. NOTARO G., *Il nuovo regime delle indagini difensive: riflessioni a prima lettura*, in www.penale.it
112. NUZZO F., *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass. pen.*, 2001, 675.
113. ORLANDI R., in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, in *Leg. pen.*, 450 ss.

114. PAGLIARO A. – Tranchina G., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.
115. PANSINI G., *Con i poteri istruttori attribuiti al g.u.p. il codice retrocede allo schema inquisitorio*, in *Diritto & Giustizia*, n. 2/2000, 60 ss.; “*Udienza preliminare, regole probatorie e procedimenti speciali*”, in AA.VV., *L’udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 85 ss.
116. PASCULLI A., *Note critiche sul lessico processuale; spunti di riflessione*, Scuola forense, 1/1998.
117. PECORARO ALBANI A., “*Caso fortuito (dir. pen.)*”, *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 390 ss.
118. PERCHINUNNO V., “*Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all’azione penale*”, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, Milano, 1996, 80.
119. PERONI F., *Il patteggiamento senza revoca della sospensione condizionale della pena*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/1996, 1227 ss.; *Le indagini difensive: tra problematiche attuali e istanze di riforma*, in *Cass. pen.*, 1998, IV, 2224; “*Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell’esistente*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, 505 ss.
120. PIERRO G. - Dalia A.A., “*Giurisdizione penale*”, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XV, Istituto della Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, Roma, 1989, 1 s.; “*Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*”, *Digesto (disc. pen.)*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, 320 ss.
121. PIGNATELLI A., “*Giudizio abbreviato*”, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, 721 ss.
122. PISANI M., *Italian Style; figure e forme del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1998.
123. PISAPIA G.D., “*Il giudice per le indagini preliminari: bilancio di un quinquennio*”, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, Milano, 1996, 2 ss.; “*Introduzione*”, in AA.VV., *L’udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 3 ss.; *Riflessioni sull’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, II, 481.

124. PIZIALI G., “Utilizzo dei risultati delle indagini”, in AA.VV., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (II)*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3 /2001, 278 ss.
125. PLOTINO F., *Il dibattimento nel nuovo c.p.p.*, Giuffrè, Milano, 1994.
126. POTETTI D., *La legge 105 del 1993; ovvero la triste storia di una legge negata e di un giudice inutile*, in *Cass. pen.*, 1998, V, 2428 ss.; *Il supplemento istruttorio di cui all’art. 422 c.p.p. ed altri meccanismi di integrazione probatoria nell’udienza preliminare: il gup è ancora un giudice inutile?*, in *Cass. pen.*, 1999, IV, 2306.
127. RAMAJOLI S., *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Cedam, Padova, 1997.
128. RANDAZZO E. – Bricchetti R., *Manuale dell’avvocato-investigatore: la difesa muove e vince in 39 mosse. Il dilemma del momento processuale in cui esibire le prove*, in *Diritto & Giustizia*, n. 47/2000, 21 ss.; *L’impedimento del difensore dell’imputato nelle udienze camerali e preliminari*, in *Cass.*, 1990, 2219.
129. REYNAUD G., *La non pubblicità dell’udienza nel giudizio abbreviato: un’irrisolta questione di legittimità costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1991, I, 319.
130. RICCIO G., *Studi sul processo penale*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1988; *Ideologie e modelli del processo penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.
131. RIVELLO P.P., in AA.VV., *L. 16/12/1999 n. 479; rito monocratico e modifiche al c.p.p.*, in *Leg. pen.*, 2000, 367 ss.; in Lattanzi G. – Lupo E., *Codice di procedura penale; rassegna di dottrina e giurisprudenza*, I, Giuffrè, Milano, 1998, 202 ss.
132. RIVIEZZO C., “Citazione diretta a giudizio”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (III)*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2000, 418.
133. ROBERTI F., *L’udienza preliminare. Poteri delle parti ed iniziative del giudice*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 17; ROBERTI F. - Chiliberti A. – Tucillo G., *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, racc. “Teoria e pratica del diritto”, Giuffrè, Milano, 1997.
134. SALVATO L., “Disposizioni sull’ordinamento giudiziario”, in AA.VV., *Il giudice unico*, Giuffrè, Milano, 2000.
135. SARACENI L. – Cascini G., *Efficienza e garanzia: una proposta di modifica dell’udienza preliminare e del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1991, 520.

136. SCAGLIONE A., “*Udienza preliminare*”, Enciclopedia Giuridica, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondato da G. Treccani, vol. XXXII, Roma, 1994, 1 ss.; “*La discussione in udienza preliminare*”, in AA.VV., in *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A. – Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb L., Giuffrè, Milano, 2000, 435 ss.
137. SCALFATI A., *L’udienza preliminare; profili di disciplina in trasformazione*, Cedam, Padova, 1999; *La riforma dell’udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2812 ss.
138. SCARPONE M., in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, 4.
139. SCILLITANI M., *La valutazione degli elementi prova da parte del giudice dell’udienza preliminare dopo la modifica dell’art. 425 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, IV, 3437.
140. SELVAGGI E., “*Giudizio abbreviato*”, Digesto (disc. pen.), V, Utet, Torino, 1991, 511 ss.
141. SIRACUSANO D., “*Il codice di procedura penale: realtà e prospettive*”, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Atti del Convegno di Perugia, 14 – 15 aprile 1988, Cedam, Padova, 1989, 176; “*Istruzione nel processo penale*”, Enciclopedia del diritto, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 173; *Per una revisione del giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1994, I, 474; *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1989.
142. SPANGHER G., *Urgente modificare le norme del procedimento pretorile*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 366 ss.; “*La chiusura delle indagini*”, in AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2000, 186.
143. TAORMINA C., *Diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 1995; “*L’udienza preliminare tra carenze normative e distorsioni applicative*”, in AA.VV., *L’udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 - 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 155 ss.; *Qualche riflessione in tema di natura giuridica della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 271.; “*Riforme da riformare*”, in AA.VV., *Giudice unico e giusto processo; stato della normativa*, in *Gisut. pen.*, 2000, I, 1 ss.
144. TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1999; *L’incidente probatorio in udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, III, 1995.

145. TORCHIA A., *Sentenza di non doversi procedere, giudizio di valenza tra circostanze e applicabilità di una causa estintiva del reato*, in *Giust. pen.*, III, 1992, 598.
146. TRANCHINA G., *“Il processo penale e le sue caratteristiche”*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1996, 31 ss.; *Nostalgie inquisitorie nel sistema accusatorio del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1989, 390 ss.; TRANCHINA G. – Pagliaro A., *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.
147. TUCCILLO G. – Chiliberti A. - Roberti F., *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, racc. “Teoria e pratica del diritto”, Giuffrè, Milano, 1997.
148. VADALA’ N., *Un nuovo paradigma scientifico esige un nuovo metodo di ricerca processuale*, in *Quaderni di ricerca sul processo penale*, n. 4/1996, Università degli studi di Siena., 25 ss.
149. VENAFRO E., *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, II, 1107.
150. VERDOLIVA F., *“L’avviso all’indagato della conclusione delle indagini”*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, commenti a prima lettura*, coordinati da Dalia A.A.- Ferraioli M., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di Kalb L., Giuffrè, Milano, 2000, 69 ss.
151. VESSICHELLI M., in *Cass. pen.*, 1994, I, 633 (nota a commento della sentenza Cassazione penale, sez. III, 20 gennaio 1993); *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell’art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, I, 481; in *Cass. pen.*, 1997, I, 510 (nota a commento della sentenza Cassazione penale, sez. VI, 16 febbraio 1996).
152. VIGONI D., *“La ridefinizione dei tempi”*, AA.VV., *Il processo penale dopo la legge Carotti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2000, 303; *Ibidem*, *“Le sedi del patteggiamento e le possibilità di recupero ex post”*, 305.
153. VIGNA P.L., *“Disposizioni generali”*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario M., vol. IV, Utet, Torino, 1990, 14.
154. VINCIGUERRA S., *“Il giudice dell’udienza preliminare”*, in *Quaderni del CSM*, 1989, *Incontri studio sul nuovo codice di procedura penale*, n. 28, II, 278.
155. VIRGILIO A., *Proponibilità dell’incidente probatorio nell’udienza preliminare: riflessioni*, in *Giust. pen.*, 1994, I, 129 ss.

- 156.VIVIANI A., *Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita*, Spirali/Vel, Milano, 1990.
- 157.VOENA G.P., “*Principio di pubblicità ed udienza preliminare*”, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Atti del Convegno di Urbino, 20 – 22 settembre 1991, Giuffrè, Milano, 1992, 49 ss.
- 158.ZAGREBELSKY V., *Modifiche all'ordinamento giudiziario e nuovi ruoli del pubblico ministero e del giudice*, in *Cass. pen.*, 1989, 2122 ss.; “*Il giudice per le indagini preliminari nel quadro dell'ordinamento giudiziario*”; in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazioni*, Giuffrè, Milano, 1996; “*Le modificazioni dell'ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale*”, in Conso G. – Grevi V. – Neppi Modona G., *Il nuovo codice di procedura penale; dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VIII, tomo II, Cedam, Padova, 1992, 4 ss.
- 159.ZAPPALA' E., “*La difesa nei procedimenti speciali*”, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, Milano, 1997, 149 ss.