

## OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA FUNZIONE DELL'INDAGINE ALLA LUCE DELLA NUOVA UDIENZA PRELIMINARE

di Francesco Morelli

*Il contributo prende in considerazione l'impatto che la regola per decidere l'esito dell'udienza preliminare, richiedendo una ragionevole previsione di condanna, può comportare sulla funzione delle indagini preliminari. Esse, già condizionate dalla richiesta di completezza, derivante dalla Corte costituzionale, potrebbero allontanarsi sempre di più da una ricerca funzionale di elementi volti a rendere utilmente esperibile il contraddittorio poietico nell'istruzione in giudizio e assumere la fisionomia di un vero e proprio accertamento preliminare, in grado di frustrare la qualità di quello dibattimentale. Infine si propone di riconfigurare il filtro dell'udienza preliminare in modo che esso sia più attento alla validità dell'imputazione, più che al suo fondamento cognitivo, dovendosi riconoscere che, storicamente, un filtro basato sulle potenzialità dimostrative dell'istruzione, che l'indagine fa presagire, non ha mai funzionato.*

SOMMARIO: 1. La necessità di recuperare il rapporto perduto tra la finalità dell'indagine e il dibattimento. – 2. Come la nuova regola per decidere sull'esito dell'udienza preliminare rischia di condizionare le dinamiche delle indagini preliminari... – 3. ...e quelle del dibattimento. Una visione realistica dell'uso strategico dell'indagine in dibattimento. – 4. Per un'udienza preliminare che tenga conto della direzione funzionale dell'indagine rispetto al giudizio.

### **1. La necessità di recuperare il rapporto perduto tra la finalità dell'indagine e il dibattimento.**

Le connessioni funzionali tra l'indagine preliminare e il dibattimento sembrano oramai relegate ai margini del sistema. Esso, infatti, non sembra reggersi più sul rapporto configurato dall'originario impianto normativo del codice, il quale (forse per la prima e ultima volta) ha tentato di costruire la fisionomia della fase preliminare in coerenza con il ruolo centrale e insostituibile del dibattimento nel creare materiale cognitivo adatto alla formulazione del giudizio.

Non si allude al fatto che l'indagine preliminare è sede di formazione di vere e proprie prove, utilizzabili in dibattimento secondo le eccezioni normative autorizzate dall'art. 111 comma 5 Cost., o che esse forniscano materiale utile alla decisione definitiva nei riti speciali consensuali o, ancora, che da quella fonte spesso si attinge per

comprimere la libertà personale dell'imputato<sup>1</sup>. Ciò che si vuole rilevare è l'alterazione della relazione tra indagine e dibattimento in un frangente preciso: quello in cui la prima serve a impostare l'attività nel secondo. Per queste ragioni si qualifica questo speciale rapporto come "funzionale": l'aspetto dell'indagine preliminare che qui si prenderà considerazione è solo quello rivolto a renderla utile "in funzione" del dibattimento, non tanto nel fondarne la necessità, quanto nel contribuirne, attraverso l'attività delle parti, alla gestione.

Simili questioni aprono immediatamente due scenari. Il primo riguarda la definizione dell'identità dell'indagine: essa appare probabilmente ipertrofica<sup>2</sup>, ipernormata e sempre più centrale<sup>3</sup>, tanto che si è indotti a chiedersi se sia ancora attuale parlare dell'indagine preliminare come momento, almeno in una certa misura, preparatorio rispetto al dibattimento, siccome essa rappresenta l'unico strumento a disposizione del pubblico ministero per raccogliere informazioni volte a consentirgli decisioni *causa cognita* sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo* dell'accusa. In sostanza, è da verificare quanto ancora persista l'incidenza sistematica dell'art. 326 c.p.p. quando attinge a costruzioni concettuali del passato per assicurare sulla dimensione «non tanto istruttoria quanto preparatoria»<sup>4</sup> dell'indagine<sup>5</sup>.

Il secondo attiene, com'è ovvio, all'udienza preliminare, ossia a quel momento in cui l'indagine cessa di essere utile per le determinazioni dell'accusatore sull'azione, ma passa nelle mani del giudice dell'udienza preliminare che la userà per giustificare o negare l'instaurazione del dibattimento: in questo secondo frangente, il peso dell'indagine è cresciuto progressivamente nel tempo, sino alla riforma degli artt. 425 e

---

<sup>1</sup> Erano questi gli argomenti usati da M. NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 38 per negare con risolutezza che l'indagine preliminare rappresentasse solo un momento preparatorio del tutto innocuo.

<sup>2</sup> Lo segnala F. M. CASSIBBA, *L'"insostenibile leggerezza" dell'udienza preliminare*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia*, 2015, p. 70, il quale ammette che la selezione della conoscenza nel dibattimento «è ovviamente incapace di ridimensionare o di contenere l'ipertrofia investigativa».

<sup>3</sup> Sono rilievi di A. CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in A.V., *Legge e potere. Pensando a Massimo Nobili. Atti del convegno Bologna, 4 e 5 novembre 2016*, Cedam, Milano, 2017, p. 93-94, il quale afferma che «quando si cerca di capire e di descrivere cosa è accaduto al processo penale italiano negli ultimi trent'anni, di solito si guarda il peso che gli atti raccolti nelle investigazioni hanno avuto sul dibattimento»; «più passa il tempo più le indagini vengono disciplinate», anche se aggiunge, «"fare leggi" sulle indagini non basta, perché non tutte le leggi si equivalgono».

<sup>4</sup> Sono le parole di F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Morano, Napoli, 1963, p. 18, al quale, nello stesso periodo storico, s'affiancava F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 66, che intendeva l'indagine, nell'attuazione di un modello accusatorio, come una «attività preprocessuale di parte», volta al reperimento di «informazioni... sfornite d'efficacia probatoria; esse sono lo strumento di cui l'organo dell'accusa si vale per saggiare il probabile fondamento di un'eventuale domanda».

<sup>5</sup> Rievoca opportunamente questi passaggi normativi, come gli autentici criteri regolatori della funzione dell'indagine, E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, n. 5, 2020, p. 200 ss.

554 *bis* c.p.p.<sup>6</sup>, che l’hanno consacrata a strumento di prognosi ragionevole della condanna.

Nella misura in cui quest’ultimo criterio di decisione per l’esito dell’udienza preliminare evoca il giudizio finale (o meglio, un solo suo possibile sbocco), l’indagine preliminare sembra piombare in una crisi d’identità impossibile da celare e, forse, non risolvibile alla luce di una lettura sistematica delle norme: da un lato, essa avrebbe la funzione di consentire al pubblico ministero di pianificare le sue future mosse in rapporto all’azione, ma dall’altro dovrebbe consentirgli di consegnare al giudice dell’udienza preliminare un vero e proprio accertamento del reato e delle responsabilità il quale, se fosse replicabile in dibattimento con successo, porterebbe a condanna.

Ovviamente, questa aporia normativa corrisponde ad una crisi di identità dello stesso pubblico ministero: cosa ci si aspetta da lui, che si prepari al dibattimento e convinca l’ultimo giudice della fase preliminare che le sue *chances* sono buone, avendo indirizzato a questo fine l’indagine secondo la direttiva dell’art. 326 c.p.p., o che confezioni un pre-accertamento già utile alla condanna, del tutto esaustivo e differente da quello dibattimentale solo per l’assenza della partecipazione poetica della difesa?

È evidente che la nuova regola per decidere l’esito dell’udienza preliminare (e predibattimentale) è certamente idonea a operare “in avanti”, in vari possibili modi, riducendo il numero dei dibattimenti – così la riforma, forse troppo ottimisticamente, ha certamente sperato<sup>7</sup> – o aggravando il pregiudizio del giudice dibattimentale a seguito del rinvio a giudizio, come subito paventato<sup>8</sup>. Tuttavia, aspetto questo forse più grave, essa si ripercuote decisamente sulla funzione stessa dell’indagine, promanando significativi effetti «all’indietro»<sup>9</sup>.

Per verità, che la struttura e la funzione dell’indagine preliminare siano plasmate da fattori “esogeni” rispetto al dibattimento non è una novità dovuta alla recente riforma.

Se la strumentalità dell’indagine rispetto al dibattimento, sede esclusiva della formazione della prova nel contraddittorio e quindi dell’accertamento, era esaltata da chi tentava di delineare un futuribile processo di stampo *adversary*<sup>10</sup>, con il varo del codice che questo sistema avrebbe recepito, l’investigazione del pubblico ministero ha avuto sempre altri riferimenti: ora la decisione sul tema cautelare, ora l’eventualità del rito abbreviato, ora la natura e la profondità del vaglio preliminare sull’accusa. S’è

---

<sup>6</sup> D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuazione della delega disposta con la l. 27 settembre 2021, n. 134.

<sup>7</sup> In un’ottica di efficienza M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 50 ss. e M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1149.

<sup>8</sup> E. AMODIO, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 18.

<sup>9</sup> Così S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in D. Castronuovo-M. Donini-E. M. Mancuso-G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Cedam, Milano, 2023, p. 661, il quale pone moltissima attenzione alle ripercussioni sistematiche sull’indagine della nuova regola per decidere l’esito in udienza preliminare.

<sup>10</sup> Vedi retro, nt. 4.

immediatamente perduto quello che era il rapporto vitale, ossia la relazione di utilità funzionale tra indagine e giudizio<sup>11</sup>.

E non si vuole evocare, parlando di questa particolare connessione tra attività investigativa e dibattimento, il flusso di elementi probatori da un fascicolo all'altro, tema che ha monopolizzato indiscutibilmente per anni ogni studio sul processo penale italiano. Si vuole significare invece la *tensione teleologica dell'indagine*, che permea tanto gli atti che poi costituiranno prova nel dibattimento quanto quelli che non lo saranno mai. In sostanza, è pensando all'obiettivo ultimo che il pubblico ministero sceglie se compiere un certo atto e quali atti compiere: se quell'obiettivo non è la preparazione adeguata al dibattimento, ma è costituito da altro, il rapporto funzionale originario indagine-giudizio è reciso<sup>12</sup> ed è a rischio la tenuta, forse non del sistema, ma del modello, che vanta oggi sostegni costituzionali<sup>13</sup>.

Converrà procedere ad alcuni esempi.

La completezza dell'indagine, tarata su obiettivi estranei alla sua strumentalità rispetto al dibattimento, ne ha snaturato la funzione: questo fine preciso non richiede necessariamente una indagine completa, mentre si è avuto gioco facile nel pretenderla in vista della possibilità astratta di celebrare il giudizio abbreviato, o della profondità del vaglio sull'accusa in udienza preliminare<sup>14</sup>. Nel primo caso, si è dovuto accogliere il paradosso per cui era l'eccezione a dettare la regola: l'intera indagine preliminare era asservita non all'ordinaria prosecuzione dell'*iter*, ma a quella eccezione specifica rappresentata proprio dall'alternativa cognitiva al giudizio partecipato, diametralmente opposta ad esso nei metodi e nei valori<sup>15</sup>. La funzione dell'indagine si è votata del tutto, per assurdo, alla strumentalità non con il dibattimento, ma con il suo esatto contrario<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Ben scandito, per vero, dall'abrogato art. 125 disp. att. il quale dettava il criterio per discriminare la notizia di reato fondata da quella infondata, evocando la «sostenibilità dell'accusa in giudizio». Il merito primario di questa norma era quello di riferire i risultati dell'indagine non all'accertamento, attività che vede accusa e difesa in posizione paritaria, ma all'attività di chi quell'indagine aveva svolto, assumendosene la responsabilità processuale, ossia il pubblico ministero chiamato, in giudizio, a sostenere l'accusa.

<sup>12</sup> Con cautela, T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1, 2023, p. 163 afferma che «non va escluso a priori che il sistema sia in grado di raggiungere un equilibrio accettabile, restando naturalmente marcato il divario logico e funzionale tra la cognizione preliminare e quella dibattimentale».

<sup>13</sup> Il modello, quindi, è più importante del sistema: i sistemi possibili sono tanti, il modello è solo quello costituzionale, e non è variabile. Richiama l'attenzione su questo aspetto E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Leg. pen. (web)*, 25.1.2022, p. 28.

<sup>14</sup> Lo mettono in luce E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 18 e D. NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, Padova, 2000, p. 460, da ultimo, S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 664.

<sup>15</sup> Non è un caso che, secondo V. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris delle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Cacucci, Bari, 2020, p. 33, la l. 16 dicembre 1999, n. 479 abbia, forte di questa operazione concettuale, ampliato «la vocazione selettiva dell'udienza preliminare» e «tentato di rendere il giudizio abbreviato il vero e proprio rito ordinario, affrancandolo dalla necessità del consenso del pubblico ministero».

<sup>16</sup> Fu Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115 a pretendere dal pubblico ministero «un esaustivo quadro probatorio», inducendo gli studiosi ad affermare che «la completezza delle indagini va perimetrata in base alle "regole" del giudizio abbreviato» (F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*,

Del tutto opposte, quindi, risultavano le esigenze proprie di indagini dirette alla prova del fatto nel contesto dell'abbreviato, da un lato, o all'impostazione dell'accusa in dibattimento dall'altro. In un caso era necessario assicurarsi che su ogni elemento dell'accusa si potesse convincere il giudice di disporre di una prova che superasse ogni ragionevole dubbio; nel secondo caso, il pubblico ministero avrebbe dovuto individuare i percorsi investigativi che avrebbero garantito di forgiare, in dibattimento e nel fuoco dei tentativi di falsificazione, una prova di siffatto spessore. Non sono due attività equivalenti: la prima tende ad "esaurire" la fonte, la seconda tende a preservarla in vista del giorno in cui sarà utile alla formazione partecipata della prova<sup>17</sup>.

Se si vuole pensare ad un'indagine funzionale al futuro dibattimento, non si può coltivare una ricerca utile a fondare il giudizio nel rito abbreviato, poiché così facendo si perseguono due obiettivi tra loro incompatibili. Questa è la storia che racconta il principio di completezza, blindato dalla Corte costituzionale: probabilmente, invece, l'indagine avrebbe dovuto essere forgiata sulla sua utilità rispetto al giudizio dibattimentale, confidando poi negli spazi di integrazione probatoria in seno al rito abbreviato, quando se ne fosse rivelata la necessità concreta.

Analogamente, così come è necessario ridimensionare i rapporti dell'indagine con l'abbreviato, sembra parimenti utile abbandonare l'idea che l'udienza preliminare debba fungere da "filtro" rispetto alle accuse mal supportate.

Anzitutto, se l'idea è quella di ridurre il numero dei dibattimenti, un filtro posto esattamente a metà della procedura di primo grado è chiaramente tardivo<sup>18</sup>. Se occorre scremare, va fatto prima: se il sistema impone di indagare, con la profondità oggi richiesta, su ogni notizia di reato, non si può poi pensare che lo stesso sistema sia strutturato per impedire programmaticamente a quante più indagini possibile di esitare in dibattimenti. Ogni operatore, anche inconsciamente, si adopererà per dare un senso a quello sforzo iniziale, essendo incoerente che indagini approfondite non abbiano un seguito. È questa la realtà giudiziaria che abbiamo visto, che vediamo e che vedremo, a dispetto di ogni modifica normativa che si è succeduta nel tempo, perché la tensione

---

Giappichelli, Torino, 2005, p. 48). L'esistenza stessa del rito abbreviato esigerebbe qualche riflessione in più. Talvolta apprezzato per questo, esso suscita perplessità proprio perché si pone quale alternativa cognitiva al dibattimento, sminuendone l'esclusiva funzione di accertamento che il modello parrebbe attribuirgli. Da questo punto di vista sembrano convivere meglio con un sistema *adversary* i riti non cognitivi, o non completamente cognitivi, come il patteggiamento, che infatti rappresenta la procedura d'elezione, nei sistemi angloamericani, quando si voglia evitare lo *jury trial*.

<sup>17</sup> Il rischio di cristallizzare una dichiarazione preliminare precisa in ogni dettaglio è quello di dover risolvere incoerenze che aumentano all'aumentare dei dettagli forniti dal dichiarante. Il rischio di cristallizzare accertamenti tecnici pur ripetibili è quello di usare metodi poi oggetto di profonde e fondate critiche, quando invece basterebbe una proiezione del risultato ottenibile per rimandare l'attività vera e propria al momento in cui si hanno tutti gli elementi per decidere come agire, primo tra tutti la prospettazione difensiva, oramai affacciatasi nel processo. Sembra che questo schema di pensiero, questa linea strategica, abbia abbandonato i pubblici ministeri, oramai unicamente preoccupati di coprire con quanti più elementi possibile ogni aspetto dell'imputazione. È anche così che muore la componente strategica dei dibattimenti i quali, per questa ragione, rendono meno di quel che dovrebbero, dal punto di vista cognitivo.

<sup>18</sup> Un conto è costruire un ostacolo al torrente nei pressi della sua foce: l'impatto sarà minimo e la diga terrà. Ma se si lascia il corso d'acqua libero di prendere velocità e si tenta di fermarlo quando esso è oramai gonfio, prima o poi la potenza del torrente avrà la meglio.

teleologica del sistema sembra più forte di qualunque freno normativo le si voglia porre. Non si può programmare un sistema per ottenere un risultato e poi pretendere un altro<sup>19</sup>.

L'udienza preliminare, infatti, non sembra in grado filtrare alcunché, poiché la quantità esorbitante di atti che un'indagine produce non permetterà mai al giudice di sbarazzarsene con disinvoltura, per quanto chiare siano le direttive legali in merito. Quindi l'indagine non va pensata nell'ottica di questa sua preliminare verifica, ma unicamente nell'ottica della sua utilità al dibattimento.

Ancora una volta, è fonte di perplessità che l'indagine sia calibrata sulla fine della fase preliminare e non sul momento centrale del processo. Questa assolverà al suo compito, e svolgerà il suo ruolo. Starà poi all'udienza preliminare assumerne uno in modo autonomo ed indipendente, in relazione alla funzione sua propria<sup>20</sup>.

Se il sistema vuole recuperare coerenza, probabilmente dovrà recuperare l'autentica sostanza del rapporto strumentale tra indagine e dibattimento, senza ulteriori condizionamenti. Ma qual è l'impostazione ideale dell'indagine preliminare in vista del dibattimento? Che cosa significa che essa deve essere funzionale rispetto al dibattimento e non altro?

## **2. Come la nuova regola per decidere sull'esito dell'udienza preliminare rischia di condizionare le dinamiche delle indagini preliminari...**

Ciò che invece sembra accadere è proprio che la natura e la struttura dell'indagine, oramai dimentica del suo ruolo originario, si adatti per superare la verifica dell'udienza preliminare: si adoperi quindi per produrre un accertamento completo che verrà dismesso o perché la verifica predibattimentale non consente alcuna prosecuzione, o perché, passato con successo il vaglio, gli elementi utili al giudizio andranno formati in contraddittorio.

L'irrigidimento dei presupposti per ottenere il rinvio a giudizio potrebbe comportare significativi cambiamenti nell'indagine.

Non è detto che ciò che descriverò accadrà necessariamente, posto che già in parte accade<sup>21</sup>, ma è significativamente alta la probabilità che questo fenomeno prenda sempre più corpo e strutturi con regolarità la finalità e i metodi investigativi.

Anzitutto il pubblico ministero dovrà preoccuparsi di coprire ogni singolo aspetto della futura accusa, il che non garantisce una precisione chirurgica nell'azione

---

<sup>19</sup> Forse l'udienza preliminare in qualità di filtro non funziona semplicemente per questo motivo.

<sup>20</sup> Riporta l'attenzione al «recupero di una corretta lettura dei rapporti tra oneri investigativi e configurazione complessiva del processo penale» E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, n. 5, 2020, p. 205.

<sup>21</sup> La soglia del ragionevole dubbio in riferimento agli atti di indagine non è stata introdotta dall'ultima riforma dell'art. 425 c.p.p. ma dalla regola di giudizio del rito abbreviato, rispetto al quale l'indagine è sagomata da anni. Questa novella ha rafforzato e non inaugurato l'esigenza di un mini-accertamento investigativo.



investigativa<sup>22</sup>. Il pubblico ministero è, va riconosciuto, in una posizione non facile: il tempo non gli è amico, l'indagine ha limiti temporali<sup>23</sup>, e una strategia facile e immediatamente attuabile è quella di raccogliere quanti più elementi possibile lungo tutto l'arco temporale concesso. Un accertamento completo, quando non si ha il tempo di ponderare ogni pista con tranquillità e indirizzare la ricerca verso un filone realmente pensato, potrebbe essere sinonimo di una ricerca spasmodica di ogni possibile elemento anche potenzialmente utile<sup>24</sup>: prendere tutto ciò che si può garantisce di arrivare all'udienza preliminare avendo certamente sotto gli occhi ciò che servirà, anche se frammisto a elementi inutili e confondenti<sup>25</sup>. Selezionare bene ogni elemento da acquisire significa correre il rischio di essere carenti su certi aspetti dell'accusa al cospetto del giudice<sup>26</sup>. Ed in modo assolutamente irrazionale – è questo il punto centrale – non è data alcuna *chance* di colmare quella lacuna nell'unica sede in cui essa dovrebbe rilevare: il dibattimento.

Verosimilmente, sarà la quantità degli elementi acquisiti e non la qualità dell'indagine a caratterizzare le indagini preliminari. Le conseguenze sulla tenuta dei diritti individuali nella fase preliminare e sulla qualità dell'accertamento saranno significative.

Del secondo aspetto ci occuperemo nel prossimo paragrafo. Quanto al primo, è facile ipotizzare che il pubblico accusatore ricorrerà con molta meno cautela a strumenti di indagine anche invasivi.

Si può ipotizzare una acquisizione persino smodata di documenti (anche contenenti dati riservati), la cui rilevanza è stata ben lontana dall'essere puntualmente verificata, o l'audizione di moltissime persone anche collateralmente intersecate con il

<sup>22</sup> Secondo S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 667, la riforma solleva il problema delle «indagini viste come accertamento, ossia il problema della cognizione investigativa», ossia della sua estensione «parametrata anzitutto ai temi della *res iudicanda*», con una serie di importantissime implicazioni non solo sistematiche, ma anche attinenti a questioni puntuali, come l'applicazione di misure di sicurezza o l'accertamento della imputabilità. T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., p. 161 nt. 10: «può dirsi che la riforma confermi e anzi rafforzi il principio di completezza delle indagini». Analogamente, F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. pen.*, n. 2, 2023, p. 411 sottolinea che «la modifica del criterio decisorio rende ineludibile l'esigenza di completezza delle indagini». C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6, 2022, p. 847 segnala «l'appesantimento dei momenti anteriori [al dibattimento] in funzione del relativo epilogo».

<sup>23</sup> Sul punto, ampiamente, S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 664 ss. il quale conclude che l'innalzamento «della soglia probatoria valevole per l'esercizio dell'azione penale avrebbe dovuto essere accompagnata, per proporzionalità diretta, da una cornice temporale delle indagini preliminari complessivamente più dilatata» (p. 666).

<sup>24</sup> Non sembrano rilievi infondati se M. DANIELE-P. FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5, 2019, p. 80, segnalano «l'irresistibile attrazione, in capo a chi è chiamato ad accertare la responsabilità penale, per la formazione delle prove tramite la loro accumulazione, anziché mediante la loro selezione qualitativa con il filtro del metodo dialettico».

<sup>25</sup> Tornano in mente le riflessioni di M. NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, cit., p. 40 ss. quando temeva che l'indagine perdesse quel formidabile freno alla sua invasività costituito dalla rilevanza.

<sup>26</sup> Rileva E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 21 che effetto della riforma potesse essere «l'inevitabile appesantimento ed allungamento delle indagini preliminari».

fatto. Ma è ben più grave preconizzare la persistenza di un uso amplissimo delle intercettazioni<sup>27</sup>, o del captatore informatico in funzione di collettore atipico di dati non comunicativi<sup>28</sup>, complice l'oramai consolidata slabbratura dei presupposti applicativi di tali atti<sup>29</sup>. Analogamente non è difficile assistere ad accertamenti tecnici irripetibili per operazioni perfettamente differibili, e quindi idonee ad essere compiute con un apporto autenticamente partecipato delle difese. L'ansia di cristallizzare ogni accertamento, con un randomico accumulo di elementi, così che possano essere serviti in grande quantità al giudice per l'udienza preliminare, divora ogni altra possibile, e più fruttuosa, strategia investigativa.

Come in un domino, anche il giudice per le indagini preliminari potrebbe essere condizionato dal compito che si chiede all'accusatore. Ovvio che questa figura di garanzia ha la funzione precipua di applicare la legge con il massimo del rigore, ma l'ordinamento gli chiede di assumersi la responsabilità di bloccare l'iniziativa investigativa del pubblico ministero con il rischio di rendergli impossibile un accertamento completo sull'addebito. Alla luce del gravoso compito di quest'ultimo, il giudice per le indagini preliminari potrebbe concedersi di essere più indulgente nel valutare le richieste dell'accusatore, il quale deve completare un accertamento che faccia pronosticare una condanna in tempi definiti. Si pensi alla richiesta di autorizzazione per le intercettazioni e per i prelievi coattivi di materiale biologico: è pensabile che sia proprio nell'iniziativa riferita ad atti invasivi che si decida di concedere al pubblico ministero un ampio margine di libertà d'azione<sup>30</sup>.

Ovvio, il presupposto è che si accetti di leggere il nuovo art. 425 c.p.p. come il consolidamento della necessità di un accertamento, fondato su atti preliminari, che superi ogni dubbio ragionevole. E non sembra difficile che sia così, invocandosi senza mezzi termini la condanna, che su quello standard si fonda<sup>31</sup>. Ma se anche così non fosse, è sempre possibile che il nuovo criterio per superare il vaglio predibattimentale possa in ogni caso costituire un alibi, per pubblico ministero e giudice nella fase preliminare, in grado di giustificare un'indagine diversa, bulimica, incontrollata.

Non è difficile pensare che lo stesso giudice dell'udienza preliminare, di fronte ad una mole così imponente di atti, sulla scorta di una fiducia "istituzionale" nel pubblico ministero, gli conceda il dibattimento senza approfondire troppo le questioni,

---

<sup>27</sup> Il cui captato, nella sua versione audio, l'unica attendibile, risulta ancora inaccessibile alle difese, posto che l'ascolto nei locali delle procure mai coprirebbe l'intero materiale. Ancora in questo stato versa la disciplina legislativa nonostante le univoche indicazioni di Corte cost. sent. 23 settembre 2008, n. 336.

<sup>28</sup> Non ancora smentita, nella sua terribile dirompenza, Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, in *C.e.d.*, n. 246954.

<sup>29</sup> Per tutti E. MARZADURI, *Spunti di riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4840.

<sup>30</sup> I questi precisi termini, E. MALINO, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza EDU e prospettive di riforma della giustizia penale italiana*, in *Leg. Pen. (web)*, 25.7.2022, p. 18.

<sup>31</sup> Lo rilevano E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 26 e F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"*, in *Sist. pen.*, n. 3, 2022, p. 31 ss. M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., p. 1152 osserva come la riforma «fallirebbe l'obiettivo di livellare verso l'alto lo standard di giudizio dell'udienza preliminare, dati gli inevitabili limiti di un accertamento preliminare basato sulle conoscenze investigative».



se non – si spera – stimolato dai rilievi difensivi. Da un lato, egli non si spende, non dovendo motivare il decreto che dispone il giudizio, ed essendo quindi insindacabile ed incontrollabile la sua prognosi ragionevole di condanna. Dall'altro, sarebbe comunque rassicurato dall'imponente lavoro con cui l'accusatore si è presentato al suo cospetto<sup>32</sup>.

### **3. ...e quelle del dibattimento. Una visione realistica dell'uso strategico dell'indagine in dibattimento.**

Giungere preparati al dibattimento significa essersi mossi, nell'indagine, dalla consapevolezza che la sede dell'unico accertamento sia proprio quella del giudizio. È lì che il pubblico ministero è chiamato a rendere ogni dimostrazione, perché non può esserci prova, né accertamento alcuno, se ogni attività cognitiva non viene svolta davanti al giudice che deciderà sull'imputazione da tutte le parti in posizione di parità: l'unico atto creativo della conoscenza giudiziale vive nell'istruzione dibattimentale e lì si consuma.

Se il momento probatorio è unico non si può evitare di consentire al pubblico ministero di sfidarsi in dibattimento e solo in dibattimento, essendo impossibile pretendere da lui un risultato probatorio completo e più forte di ogni dubbio ragionevole in frangenti anticipati. Un certo legittimo agnosticismo sui futuri esiti della sua attività in giudizio gli deve essere, quindi, riconosciuto.

Non si tratta di passare al vaglio del contraddittorio dati che hanno già iniziato a formarsi nella fase investigativa, e quindi, semplicemente, di saggiarne la tenuta. Il ruolo dell'istruzione dibattimentale è quello, al contrario, di creare elementi di conoscenza fino ad allora inediti, del tutto nuovi e mai esistiti prima. Si dovrebbe allora dire che è sempre e strutturalmente irragionevole prevedere la condanna nell'udienza preliminare, perché gli elementi che soli possono superare ogni dubbio ragionevole devono ancora venire in essere. Nel processo voluto dall'art. 111 Cost., l'attribuzione di responsabilità che, giunta inalterata alla fine dell'*iter* processuale, sconfigge la presunzione di innocenza, non si fonda sulla rappresentazione di un fatto resa dalla dichiarazione testimoniale o dall'esame peritale; essa si fonda invece sulla resistenza che quelle rappresentazioni hanno manifestato ai tentativi ripetuti di confutazione.

Scalfita questa convinzione, ne risentirà l'impianto complessivo, poiché la legge avrà riconosciuto *apertis verbis* che anche dati non forgiati nel contraddittorio possono essere capaci di attingere la soglia cognitiva da superare per ottenere la condanna.

Del resto, verrebbe istintivamente da chiedersi: ma perché mai inscenare il dibattimento se prima che esso inizi il suo esito non è più aperto, posto che un giudice ha già ragionevolmente previsto la condanna, sulla base dell'accertamento condotto unilateralmente dal pubblico ministero?

---

<sup>32</sup> M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, n. 1, 2020, p. 135 si chiede «di fronte alla possibilità che un giudice dotato di risorse epistemiche ben più potenti si occupi della questione, perché, nel dubbio, prendersi la responsabilità di prosciogliere, oltretutto con il pericolo che la decisione sia riformata a seguito di un'impugnazione ex art. 428 c.p.p.?».

Se queste sono le premesse, la fiducia che l'ordinamento processuale ripone nel dibattimento, quale sede dell'accertamento, è oramai erosa.

Tuttavia, resta vero che il decreto che dispone il giudizio è ancora immotivato, così da non trasmettere il pregiudizio, e tutte queste suggestioni non dovrebbero scalfire affatto la mente del giudice del dibattimento, che si dovrebbe solo nutrire di ciò che vede accadere davanti a sé: dovrebbe «accettare, cioè, sino in fondo e senza riserve, che la prova si formi esclusivamente nel contraddittorio»<sup>33</sup>.

Il punto, però, è un altro: da che tipo di indagine è supportato il pubblico ministero nell'affrontare la sfida del contraddittorio? E da quale modello di condotta processuale sarà ispirato?

Il tempo limitato dell'investigazione e il numero oramai indefinito di atti che vi si possono compiere dà l'impressione che il contenuto sia più grande del contenitore. Il che ha conseguenze precise, che si dipanano a lungo termine: avendo raccolto moltissimi dati senza elaborarli in modo compiuto, l'accusatore non sarà necessariamente pronto a portare avanti una strategia precisa. Annasperà infatti tra moltissime informazioni non tutte utili, che sarà difficile riportare ad un disegno comprensibile per il giudice del dibattimento. La sua strategia, per queste ragioni, potrebbe incentrarsi proprio sul recupero di quante più fonti preformate possibile, in modo da replicare nel giudizio l'attività che nella fase preliminare ha portato a termine con successo. Ciò significa che possono ridursi corrispondentemente spazi difensivi per l'imputato, il quale si vede erodere *chances* di esercitare il contraddittorio tutte le volte in cui il fascicolo del dibattimento si arricchisce di fonti estranee ad esso. Se il pubblico ministero avrà disposto intercettazioni a dismisura non potrà limitarsi in dibattimento a chiedere l'acquisizione di quelle poche conversazioni davvero rilevanti, ammettendo che è stato sproporzionato il ricorso massivo alla captazione, ma cercherà di giustificare la rilevanza di moltissimi altri dialoghi, magari ambigui, per puntellare la sua ricostruzione. La stessa condotta si potrebbe riscontrare con l'acquisizione dei documenti. Ogni accertamento tecnico si sarebbe già consumato nella fase preliminare, nella migliore delle ipotesi con l'incidente probatorio, e nel dibattimento ci sarebbe spazio solo per un'ulteriore perizia disposta dal giudice. L'accusatore tenterà, cioè, di riproporre in giudizio il suo primo accertamento<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Per questa ragione D. NEGRI, *L'avvenire del processo penale: tre voci a confronto. Intervista di Paolo Ferrua a Marcello Daniele, Daniele Negri e Sergio Lorusso*, in *Leg. pen. (web)*, 10.4.2021, p. 18 difende la nuova configurazione del filtro, "scudo", nel suo lessico efficace, dell'udienza preliminare. Su questa base, forte dell'«impermeabilità del dibattimento agli atti della fase preliminare», afferma che «la logica interna al sistema vuole allora che il pubblico ministero, se non riesce a dissipare dubbi e a colmare le lacune probatorie, non sia ammesso a tenere oltre».

<sup>34</sup> Segnala il rischio P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2020, p. 12. Chiarissimo anche G. CIVITA, *Udienza preliminare: la nuova regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini, Pisa, 2022, p. 326: «si fa concreta a questo punto una rischiosa promiscuità funzionale tra giudizio e indagini, alla luce della quale queste ultime non sono più soltanto strumentali all'esercizio dell'azione penale, bensì ad un giudizio di colpevolezza».

Il giudice stesso potrebbe favorire una tale strategia, incentivando l'ingresso di atti preformati quanto più può, poiché se l'indagine del pubblico ministero ha dovuto far prevedere con successo la condanna, la sua sostanza appare cognitivamente significativa, quindi più frammenti se ne conoscono più completo sarà il quadro sul fatto. Si potrebbe dare anche una certa difficoltà nell'accettare che l'accertamento del pubblico ministero, che ha avuto successo nella fase preliminare, fallisca improvvisamente nel giudizio, facendo sorgere nel giudice indebite, e mai davvero sopite, tentazioni di supplezza probatoria in soccorso dell'accusatore<sup>35</sup>.

Intendere l'indagine non come accertamento, ma quale preparazione ad esso significa, al contrario, come già accennato, che essa non dovrà esaurire la fonte probatoria al primo contatto, ma dovrà preservarla, dovrà selezionare quelle strategicamente utili all'obiettivo e dovrà predisporre l'azione volta all'unico, irripetibile accertamento, quello dibattimentale.

Essa richiede una raccolta dei dati ponderata e una forte elaborazione strategica, per cui ogni elemento rappresenta non necessariamente un risultato, ma un percorso da seguire nell'istruzione in giudizio: «quel che conta è che l'organo dell'accusa abbia almeno assunto elementi sufficienti per operare una prognosi ragionevole sulle tematiche bisognose di approfondimento probatorio e per potersi attivare adeguatamente sul piano delle richieste»<sup>36</sup>.

La prospettiva è completamente diversa, gli esiti pure e ciò che qui c'è di ragionevolmente prevedibile non è la condanna, ma che l'alternativa tra condanna e assoluzione arriverà viva e accesa alle porte del giudizio. Lo sforzo ricostruttivo richiesto qui al pubblico ministero è massimo, e questi dovrà necessariamente essere ben preparato<sup>37</sup>.

Non è dunque innocua per il giudizio dibattimentale un'indagine che non si sia mossa per preparare una strategia, ma per collezionare quanti più dati possibile. Per questa via, il potenziale cognitivo del dibattimento sarà tendenzialmente sempre dissipato.

#### **4. Per un'udienza preliminare che tenga conto della direzione funzionale dell'indagine rispetto al giudizio.**

L'impressione generale, data l'assenza di motivazione di quel provvedimento che si vorrebbe condizionare con una regola per la decisione, è che, ad onta di ogni

---

<sup>35</sup> È esperienza comune che, talvolta, un'indagine malfatta ed una conseguente istruzione zoppicante non sono presagio dell'assoluzione, ma della supplezza del giudice, il quale spesso interviene se si sente in grado di sopperire alle lacune della pubblica accusa.

<sup>36</sup> E. MARZADURI, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in A.V., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 226; poi in ID., *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 206.

<sup>37</sup> Secondo S. RUGGERI, *Azione e inazione*, cit., p. 664 «non sembra metodologicamente corretto, e ancor meno realistico, caricare il pubblico ministero dell'obbligo di approfondire sempre in via investigativa tutti i temi necessari per affrontare il giudizio sulla responsabilità».

modifica normativa succedutasi nel tempo, il giudice dell'udienza preliminare manda e manderà a processo ogni iniziativa del pubblico ministero, con l'eccezione di quelle per cui il proscioglimento o l'assoluzione rappresentino esiti inevitabili<sup>38</sup>.

Benché oggi sia assolutamente distante dalle norme, questa linea di condotta ha un senso per il giudice dell'udienza preliminare: quello di lasciare che il pubblico ministero ottenga l'opportunità del dibattimento senza subire ostacoli preventivi al suo progetto<sup>39</sup>. Se esso fallirà, ciò accadrà quando il massimo delle *chances* gli sono state date. In effetti, perché il giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare non abbiano assunto, nel tempo, il ruolo funzionale di censori delle iniziative del pubblico ministero è un quesito che avrebbe senso porsi.

Sta di fatto che non si può pretendere che lo diventino oggi a suon di norme.

Insomma, l'udienza preliminare non funziona da filtro per selezionare le accuse degne del dibattimento secondo la prospettazione del legislatore di volta in volta rilevante. Gli stessi sistemi di *common law* l'hanno abbandonata in questa prospettiva<sup>40</sup>. Tanto vale allora pensare più realisticamente a un'udienza preliminare che svolga la sua funzione abbassando in modo funzionale lo standard del controllo, e soprattutto individuandolo in temi che non implicano la misura dell'evidenza dimostrativa degli elementi fin lì raccolti. La natura degli atti di indagine e quella delle prove con genesi dibattimentale, sulle quali sole si misura la possibilità concreta della condanna, sono troppo diverse.

Allora, il progetto che la legge avrebbe potuto forse perseguire<sup>41</sup> sarebbe stato quello di assegnare al giudice per l'udienza preliminare il compito di far arrivare al dibattimento accuse confezionate in modo corretto, dal punto di vista delle corrispondenze tra fatto e diritto, comprensibili nella descrizione del fatto materiale e nella qualificazione giuridica di esso: un controllo, a grandi linee, simile a quello demandato al giudice del patteggiamento, incluso ovviamente quello che riguarda l'esclusione del ricorrere di cause di proscioglimento.

Ciò, però non dovrebbe significare che il giudice contribuisce alla correzione dell'imputazione, come oggi accade, ma che la dismette, e lo fa chiudendo il processo<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Ciò perché gli sarebbe impossibile emanciparsi dall'influenza di giudizi prognostici, come segnalano M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., p. 135 e M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, cit., p. 1152.

<sup>39</sup> Illuminante l'analisi dei numeri condotta da M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 102 ss., i quali esaminano l'andamento del numero dei rinvii a giudizio nel tempo, constatandone la quantità esorbitante che si riscontra nel momento attuale, e che gli autori attribuiscono, non potendosi ipotizzare altre spiegazioni, «alla maggiore tendenza dei GUP ad "appiattirsi" sulla posizione degli accusatori discostandovisi solo in casi rari».

<sup>40</sup> T. CHRISTOU, *Il progressivo abbandono dei "committal proceedings" nella procedura penale inglese*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia*, 2015, p. 81.

<sup>41</sup> Sull'udienza preliminare molte idee si sono addensate, tutte raccolte da M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., p. 133 ss.

<sup>42</sup> Non sembra pensabile, infatti, che dopo una indagine preliminare che vede il pubblico ministero titolare di così ampi poteri di ricerca, anche invasivi di diritti costituzionali, l'udienza preliminare debba essere «la

L'assetto di oggi, in effetti, non si riesce a comprendere a fondo: da un lato il legislatore vorrebbe cestinare imputazioni perfettamente configurate, adeguatamente descritte, fors'anche ben supportate dagli elementi raccolti, ma che non facciano prevedere ragionevolmente la condanna, in quanto magari sussiste una lacuna probatoria su un elemento dell'accusa, certamente colmabile in dibattimento, ma che allo stato degli atti non permette di garantire all'intera ipotesi ricostruttiva il massimo grado di evidenza.

Dall'altro, lo stesso codice riformato, davanti ad un'accusa zoppicante, descritta in modo ambiguo o insufficiente, giuridicamente mal configurata, insiste con pazienza affinché il pubblico ministero la corregga, prima di dichiararne la nullità (artt. 421, 423 comma 1 bis e 554 bis comma 6 c.p.p.). Il che non trasmette un'idea lineare su quale sia l'obiettivo che il legislatore intende perseguire: se vuole sfoltire i dibattimenti, l'accusa di cui sbarazzarsi immediatamente e per sempre è proprio quella mal strutturata.

Allora la rotta si potrebbe invertire. Una volta che si sia realisticamente rinunciato a vaticinare sugli esiti del dibattimento in ragione della capacità cognitiva del materiale d'indagine, si potrebbe abbandonare l'indulgenza attuale verso gli errori dei pubblici ministeri e farli tutti rilevare in udienza preliminare: se il pubblico ministero vuole accedere al dibattimento dovrà confezionare un'accusa chiara e precisa nella descrizione del fatto e tracciare le corrispondenze giuridiche tra questo e la norma prescelta in modo impeccabile; configurare le circostanze con precisione; indicare le misure di sicurezza come conseguenza del fatto descritto. Fallire questo suo compito gli costerà il processo: è qui che il pubblico ministero non deve avere alcuna *chance* a seguito dell'indagine, non nella ricostruzione del fatto ai fini del giudizio.

Accuse non correttamente confezionate, perché lacunose nella descrizione del fatto, dovrebbero essere causa immediata di sentenze di non luogo a procedere, dovendosi configurare questa nullità in modo che essa non comporti una regressione, ma una dismissal dell'accusa con sentenza, senza alcuna possibilità di correzione<sup>43</sup>. Avendo il pubblico ministero confezionato male l'accusa, rendendola nulla, non sarà ammesso a ritentare l'instaurazione del processo in assenza di prove nuove, che sole possono scalfire la sentenza di non luogo a procedere: non sarà cioè favorito dalla regressione, ed abilitato quindi a riproporre l'imputazione emendandola dal vizio. Si intende bene che si tratta di proporre una deroga, solo in questo frangente, alla disciplina generale delle nullità, facendo confluire l'invalidità dell'accusa in una sentenza che dismette il processo: e tuttavia, se filtro deve essere, sembra opportuno che esso si

---

sede in cui l'addebito è definito in modo chiaro e preciso e può essere modificato, nel contraddittorio delle parti, in diritto o in fatto, al fine di farlo coincidere con le risultanze degli atti» (F. TONDIN, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, cit., p. 412). Confezionare l'accusa corrisponde ad un potere esclusivo del pubblico ministero, e già questo impedisce supplenze giurisdizionali, ma rileva anche come da questo potere sorga, corrispondentemente, una responsabilità, parimenti esclusiva, del pubblico ministero: una responsabilità che occorre lasciare che si assuma.

<sup>43</sup> Segnalava D. NEGRI, *Nota introduttiva*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia*, 2015, p. 53 come l'udienza preliminare avesse assunto l'esclusiva conformazione di «un luogo di collaborazione dispendiosa tra pubblico ministero e giudice per irrobustire l'accusa».



abbatta proprio sulle imputazioni che l'accusatore non ha saputo formulare, e che potranno ritrovare posto nel processo solo se esso tornerà ad essere reclamato dall'arricchimento sopravvenuto del quadro probatorio<sup>44</sup>.

Allo stesso modo, andrebbe conservato il potere del giudice dell'udienza preliminare di pronunciare sentenza, rilevata una causa di proscioglimento. Ed è qui che potrebbero confluire le accuse elevate senza che neppure si possa scorgere un progetto probatorio a sostegno della dimostrazione futura degli elementi del reato. Alla stregua del criterio adottato dall'art. 129 c.p.p., i proscioglimenti chiaramente pronosticabili già dall'indagine non dovranno portare all'instaurazione del processo.

Resterebbe salva la possibilità di rilevare la diversità del fatto descritto nell'imputazione, rispetto a quello definibile dagli elementi d'indagine, attraverso la restituzione degli atti al pubblico ministero da parte del giudice, secondo l'art. 423 c.p.p. Di questa disposizione, forse, dovrebbe essere ripensato il comma 1 bis, quantomeno nella parte in cui permette al giudice di imporre al pubblico ministero la contestazione di una circostanza aggravante che non aveva originariamente configurato<sup>45</sup>.

Nel resto dei casi, realisticamente, sarà davvero arduo portare i giudici dell'udienza preliminare a non disporre i dibattimenti. Tanto vale, allora, rafforzare un controllo che sia concretamente ottenibile. Esso, in realtà, potrebbe riservare molte sorprese, e dimostrarsi selettivo oltre ogni immaginazione. Se si lascia il giudice semplicemente a studiare la descrizione del fatto in rapporto alla norma incriminatrice, inasprendo al massimo questo suo controllo, potrebbero darsi effetti molto positivi, in futuro, sulla qualità delle imputazioni. E non è assurdo che il dovere rafforzato dell'accusatore di ipotizzare fondatamente imputazioni impeccabili sia esso stesso una causa di riduzione dei dibattimenti.

Se ciò che si vuole evitare è che l'imputato sia trascinato in giudizio senza che l'accusatore disponga di adeguati sostegni cognitivi per affrontare la fase di formazione partecipata della prova, va considerato come questo risultato possa essere ottenibile solo nel lungo periodo, quando il pubblico ministero sarà cauto nella prospettiva di non incorrere nella inesorabile *débâcle* dibattimentale dell'accusa. Per intanto, si potrebbe cominciare a fermare, una volta e per sempre, imputazioni geneticamente destrutturate.

---

<sup>44</sup> Potrà poi la nullità rilevare nel dibattimento, qualora anche il giudice dell'udienza preliminare avesse fallito il suo controllo. Probabilmente dovrebbe qui configurarsi una decisione di nullità che comporti una regressione al momento della richiesta di rinvio a giudizio. Nella sede della nuova udienza preliminare sarebbe giusto pensare di gravare il pubblico ministero di oneri particolarmente pesanti nell'affrontare questo snodo, quantomeno per garantire la parità con imputati che sono stati destinatari della sentenza di non luogo a procedere a causa della nullità dell'imputazione. È indicativo quanto accade nel processo angloamericano in cui, in certi termini, è il giudice del dibattimento che fa cadere prematuramente l'accusa, rilevandone dei vizi, a decidere se il pubblico accusatore sia o meno abilitato a riformularla, o se debba, invece, smettere di perseguire l'imputato per quel fatto, dovendosi ritenere sproporzionato l'ulteriore tentativo di formulare una imputazione corretta.

<sup>45</sup> Il rilievo è di T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., p. 164 il quale giustamente lamenta «un'intromissione per certi versi eccessiva del giudice nel campo delle prerogative funzionali del pubblico ministero».



ARTICOLO

30 Maggio 2023



## Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare



Francesco Morelli

[Leggi il contributo](#)

### MATERIALI CORRELATI

26 Maggio 2023

Per le Sezioni unite l'art. 573 co.  
1 bis c.p.p. si applica alle

**Abstract.** Il contributo prende in considerazione l'impatto che la regola per decidere l'esito dell'udienza preliminare, richiedendo una ragionevole previsione di condanna, può comportare sulla funzione delle indagini preliminari. Esse, già condizionate dalla richiesta di completezza, derivante dalla Corte costituzionale, potrebbero allontanarsi sempre di più da una ricerca funzionale di elementi volti a rendere utilmente esperibile il contraddittorio poetico nell'istruzione in giudizio e assumere la fisionomia di un vero e proprio accertamento