

Palermo, 08.02.2011

**IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUGLI ESITI DI INDAGINE E POTERI
INTEGRATIVI DEL GIUDICE: L'ARCHIVIAZIONE E L'UDIENZA
PRELIMINARE.**

SOMMARIO

Premessa

PARTE PRIMA

1. L'archiviazione: l'obbligatorietà dell'azione penale e la legalità dell'inazione.
2. Le ipotesi di archiviazione.
3. L'archiviazione ex art. 405 comma 1 bis c.p.p. e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 121 del 20 aprile 2009.

PARTE SECONDA

Il potere di controllo del Giudice nell'udienza preliminare.

1. La funzione di "filtro": dall'impianto originario del codice alla legge Carotti. 1a. Le pronunce della Corte Costituzionale.
1b Ulteriori profili problematici sorti dopo la novella legislativa del 1993.
 2. Gli artt. 421 bis e 422 c.p.p. dopo la cd. legge Carotti: inquadramento generale.
2a. Le pronunce della Corte Costituzionale.
 3. I poteri di intervento del Giudice ex artt. 421 bis e 422 c.p.p.
3a. L'art. 421 bis c.p.p.
3b. Una questione ancora aperta: il contenuto dell'ordinanza ex art. 421 bis c.p.p. e le facoltà del P.M.
3c. Il potere d'integrazione istruttoria e la sanatoria degli atti nulli e/o inutilizzabili.
3d. La successiva udienza preliminare.
3e. Il potere d'integrazione istruttoria e la separazione dei processi.
 4. L'art. 422 c.p.p.: la nozione di "prova decisiva".
 5. I poteri di controllo del Giudice sull'atto di esercizio dell'azione penale: le modifiche della qualificazione giuridica del fatto e le accuse imprecise.
- Brevi considerazioni conclusive

IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUGLI ESITI DI INDAGINE E POTERI INTEGRATIVI DEL GIUDICE: L'ARCHIVIAZIONE E L'UDIENZA PRELIMINARE.

Premessa

La tematica dei poteri giudiziari di controllo sugli esiti delle indagini preliminari e dei poteri di integrazione del Giudice in sede di archiviazione e di udienza preliminare investe un aspetto essenziale dell'impianto sistematico del nostro processo penale a cominciare dal principio, sancito dall'art.112 Cost., circa la titolarità dell'azione penale in capo al P.M. e l'obbligatorietà dell'esercizio della stessa.

Si tratta di principi affermati a livello costituzionale in quanto concorrono a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale; può dirsi che l'esercizio dell'azione penale è un potere-dovere attribuito esclusivamente al pubblico ministero e va esercitato secondo le modalità descritte dall'art. 405 c.p.p., con l'unica eccezione normativamente prevista agli articoli 409, comma 5, e 550 c.p.p..

Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero.

Questi è, infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge ed il suo ruolo non può essere ridotto a quello di mero accusatore, ma va più esattamente inquadrato in quello di un organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato.

Ne deriva che in capo al P.M. è la potestà investigativa, radicalmente sottratta al giudice.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale è dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del nostro sistema costituzionale.

Per assicurare il rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale il legislatore ha introdotto un'articolata gamma di strumenti, demandando al Giudice il controllo di legalità sull'esercizio dell'azione penale o sulla rinuncia allo stesso, che deve ritenersi un corollario del principio costituzionale prima indicato.

All'indomani dell'introduzione del nuovo rito penale, il Giudice per le Indagini Preliminari veniva indicato quale "*organo per le indagini*", espressione con la quale si voleva significare la sua differenza dal P.M. definito "*organo delle indagini*" e, nel contempo, la sua distanza dalla figura del giudice istruttore, nella quale le funzioni giudicante e requirente erano grandemente confuse e sulla quale si concentravano anche amplissimi poteri coercitivi personali e reali.

Il Giudice per le indagini preliminari nasce, dunque, sulla scia di decennali polemiche circa l'eccessiva ampiezza dei poteri del giudice istruttore. Pertanto, concentrando il potere di indagine esclusivamente nel Pubblico Ministero, si è prevista la costante vigilanza (da alcuni definita addirittura sudditanza in materia di libertà personale) da parte di un giudice terzo, preposto a controllare la regolarità delle indagini e dei tempi di indagine e, successivamente alla formulazione dell'accusa con la richiesta di rinvio a giudizio, ad assicurare, nel contraddittorio tra le parti, la valutazione dei risultati delle indagini preliminari al fine di evitare dibattimenti inutili e, nel contempo, garantire la possibilità di adire i riti speciali.

D'altronde basta leggere gli artt. 326 e 328 c.p.p. per rendersi conto di quanto ho appena espresso.

La prima norma, infatti, intitolata "Finalità delle indagini preliminari" individua nel P.M. l'organo preposto a svolgere "*le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*".

A sua volta, l'art. 328 c.p.p. scolpisce la funzione del GIP, indicandolo come l'organo preposto, nei casi previsti dalla legge a "provvedere" sulle richieste del P.M., delle parti private e della persona offesa dal reato.

Occorre immediatamente precisare che la constatazione del fallimento del progetto astratto – parimenti imputabile ai difetti della normativa ed anche dalla difficoltà di cogliere da parte della stessa magistratura la novità del ruolo¹ - ha condotto a modifiche ed innovazioni legislative ed, ancor prima, ad oscillanti - e spesso non sincrone – interpretazioni giurisprudenziali.

Eppure fin dalle prime pronunce successive alla riforma, come vedremo, la Corte Costituzionale ha cercato di confermare l'impianto realizzato dal legislatore del 1988.

PARTE PRIMA

1. L'archiviazione: l'obbligatorietà dell'azione penale e la legalità dell'inazione

L'esame dell'argomento impone di prendere la mosse dalle pronunce della Corte Costituzionale in materia di archiviazione, rimandando ad un momento successivo quelle relative alla udienza preliminare.

Con una pronuncia ormai datata ma essenziale nel tema che ci occupa (la pronuncia n. 88 del 1991) i giudici della Consulta hanno ribadito che il principio di obbligatorietà dell'azione penale *“esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito favor actionis”*.

La Corte nella pronuncia richiamata ha tenuto a precisare che tanto *“comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire*

¹ non sono l'unica a pensarlo; vds. quanto scrive la collega Giuca Mülliri nella relazione *“Funzioni e provvedimenti del giudice per l'udienza preliminare”* svolta nel Corso del CSM in data 11 dicembre 2006 su *“Il ruolo del Gip e l'udienza preliminare”*

anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della notitia criminis, ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa.”

Bisogna, però, precisare che azione penale obbligatoria non significa consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del P.M. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*.

Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si palesi oggettivamente superfluo.

La regola, allora, dev'essere intesa nel senso che all'esito delle indagini preliminari l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non- esercizio dell'azione (art. 50 cod. proc. pen.).

L'istituto dell'archiviazione consente di evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando, caso per caso, la legalità dell'inazione.

Lo scopo è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui.

A tale verifica è preposto il GIP.

Invero, il nostro legislatore ha voluto escludere che il controllo di cui oggi parliamo potesse ridursi ad un mero controllo gerarchico interno agli uffici del pubblico ministero, affidato al procuratore generale, pur se ciò astrattamente poteva apparire più rispondente ad un sistema processuale di tipo accusatorio e presentava indubbi vantaggi in termini di economia processuale.

Per contro ha realizzato un sistema imperniato sul controllo esterno da parte del giudice, ritenuto maggiormente rispondente alle esigenze di una reale democrazia e di un effettivo controllo sull'esercizio dei pubblici poteri e, quindi, di un rispetto sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale.²

² In quest'ottica il potere di avocazione, esercitabile dal Procuratore Generale - d'ufficio o su richiesta della persona offesa - quando il procuratore della Repubblica <non esercita l'azione penale> (artt. 412, primo comma, e 413, primo comma), ed inoltre quando si faccia luogo all'udienza camerale, la comunicazione della cui fissazione serve appunto a

Il potere di controllo del Giudice, per realizzare lo scopo dinanzi indicato, deve necessariamente operare su due versanti: prima, il Giudice è chiamato a verificare eventuali omissioni da parte del P.M. e, poi, in caso di esito positivo della verifica, a contrastare eventuali inerzie e lacune investigative del P.M. allo scopo di impedire che le scelte di quest'ultimo si traducano, nei fatti, in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale.

Dunque, particolare attenzione dev'essere dedicato al profilo del controllo, ai suoi limiti ed alle modalità del suo esercizio.

La regola di completezza delle indagini, sancita nell'art. 358 c.p.p., che, ai fini delle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale impone al P.M. di compiere "ogni attività necessaria", in essa compresa quella a favore del soggetto indagato, assolve una duplice, fondamentale funzione.

Se, da un lato, la completa individuazione degli elementi di prova è funzionale alla scelta dell'organo dell'accusa di esercitare le varie opzioni che il sistema offre (si pensi alla richiesta di giudizio immediato), dall'altro lato, funge da argine contro quelle che sono state definite dal Giudice Costituzionale "*eventuali prassi di esercizio apparente*" dell'azione penale.

D'altronde, il principio di legalità, "*che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale*".

consentire al procuratore generale di svolgere direttamente le <ulteriori indagini> o le <investigazioni suppletive> (artt. 409, terzo comma, 412, secondo comma, e 413, secondo comma), è un intervento sostitutivo rivolto unicamente a consentire ad un diverso ufficio del medesimo organo di apprezzare se in concreto l'attività di indagine sia stata o meno esauriente ai fini che sono istituzionalmente imposti al pubblico ministero (sul punto vi invito a leggere l'ord. 253/1991 della Corte Costituzionale).

2. Le ipotesi di archiviazione

Tanto premesso in generale, il nostro legislatore ha previsto diverse ipotesi nelle quali il P.M. richiede al Giudice l'archiviazione:

- la prima, disciplinata dall'art. 408 c.p.p., è la richiesta di archiviazione per “infondatezza della *notitia criminis*”;
- la seconda, disciplinata dall'art. 411 c.p.p. sotto la dizione “*altri casi di archiviazione*”, si fonda sulla mancanza di una condizione di procedibilità, sulla presenza di una causa di estinzione del reato o sulla non previsione da parte della legge del fatto come reato;
- la terza è l'ipotesi disciplinata dall'art. 415 c.p.p., che prevede la richiesta di archiviazione quando è ignoto l'autore del reato;
- dichiarata incostituzionale è l'ipotesi, di recente introduzione, di cui all'art. 405 comma 1 bis c.p.p.

Va segnalato che la giurisprudenza costituzionale, pur a fronte della diversità dei presupposti legittimanti il P.M. alla formulazione della richiesta di archiviazione, ha operato una lettura dei poteri di controllo del Giudice che consente di ricondurre a sostanziale unità l'istituto, con la sola eccezione dell'ipotesi di cui all'art. 405 comma 1 bis c.p.p., sulla peculiarità della quale tornerò.

Ragioni di ordine logico impongono di prendere le mosse dall'ipotesi principale di richiesta di archiviazione, quella prevista e disciplinata dall'art. 408 c.p.p..

Dispone l'art. 408 c.p.p. che entro i termini di durata delle indagini preliminari, il P.M., se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Unitamente alla richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate ed i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari.

Trattasi di onere funzionale al controllo del Giudice sulla richiesta.

Invero, a garanzia della completezza delle indagini sta, innanzitutto, la previsione secondo la quale, ove il giudice delle indagini preliminari non ritenga accoglibile la richiesta di archiviazione, possa indicare, all'esito di un'udienza camerale all'uopo fissata, al pubblico ministero le ulteriori indagini che ritiene necessarie, fissando il termine indispensabile per il loro compimento (art. 409, quarto comma) o, in alternativa, ove dissenta dalla valutazione di infondatezza della notizia di reato espressa dal pubblico ministero con la richiesta di archiviazione, ordinare a quest'ultimo di formulare l'imputazione (artt. 409, quinto comma e 554, secondo comma).³

Si parla, impropriamente, di indagini coatte nell'un caso e di imputazione coatta nell'altro.

Ed allora occorre chiarire il significato di “*notizia di reato infondata*”, in quanto l'effettività e l'efficacia del sistema dei controlli rischierebbero di risultare vane se la regola di giudizio dettata per individuare l'oggettiva superfluità del processo non fosse idonea a segnare il discrimine, spesso labile, tra l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità comunque camuffata.

Come tutti voi sapete l'originaria formulazione che la direttiva n. 50 della legge delega al c.p.p. aveva adottato prevedeva “*la manifesta infondatezza*” per definire il grado di infondatezza idoneo a consentire l'archiviazione, ricalcando la formulazione del codice abrogato in cui, tuttavia, la formula era funzionale alla valutazione circa la superfluità o meno dell'istruzione vera e propria.

Nell'impianto codicistico attuale, invece, il vero significato della regola è quello di esprimere la non equivoca e, perciò, indubbia superfluità del processo.

Il contenuto positivo alla formula dell'art. 408 c.p.p., è dato dall'art. 125 del disp. di attuazione al c.p.p. che prescrive che “il P.M. presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene **l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi**

³ Al medesimo scopo di evitare archiviazioni derivanti da carenze nelle indagini è preordinata la facoltà attribuita alla persona offesa dal reato di opporsi alla richiesta di archiviazione, indicando nel contempo l'oggetto dell'investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova: ciò che è di per sé sufficiente a dar luogo alla predetta udienza camerale (art. 410).

acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio”.

E' una formula che ben si sposa con la fase in cui deve compiersi la valutazione del giudice e con i principi del nostro sistema processuale.

Ed invero la formula del testo delegante (art. 115 “*Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati*”), non poteva trasferirsi nel nuovo sistema senza stravolgerlo.

In primo luogo perché la norma è riferita al P.M., vale a dire ad un organo al quale non è demandato il compito di valutare la sufficienza delle prove per la condanna (funzione del giudice) ma solo i risultati delle indagini ai fini dell'esercizio o meno dell'azione penale.

In secondo luogo perché nell'impianto codicistico è prevista la possibilità di acquisire nuovi elementi dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, terzo comma) o dopo la pronuncia del decreto che dispone il giudizio (art. 430), ovvero nel corso dell'udienza preliminare (art. 422), oltre che nel corso dell'attività probatoria esperibile nel contesto della dialettica dibattimentale.

Ed allora possiamo concludere che l'art. 125 disp. att. c.p.p. impone una valutazione degli elementi acquisiti non già nella chiave dell'esito finale del processo (condanna dell'imputato), bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio e, quindi, un successivo controllo dibattimentale.

Il quadro acquisitivo viene, cioè, valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o meno dell'accertamento giudiziale.

Va anche sottolineato che l'introduzione del termine “*idonei*” al posto di “*sufficienti*” designa un *quantum* minore di elementi, ma la loro valutazione diventa funzionale non alla condanna, bensì alla sostenibilità dell'accusa.

Viene recuperata, in tal modo, la provvisorietà del quadro acquisitivo e la prospettiva dinamica propria della fase, dato che l'esclusione della sufficienza dei dati acquisiti consente di far rientrare nella valutazione le attività integrative esperibili dopo la richiesta di rinvio a giudizio.

Così come formulata, la norma è, in definitiva, la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale al dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che, quindi, la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata.

In tale senso anche l'impiego, nel testo definitivo, dell'indicativo (“*sono*”) in luogo del condizionale (“*sarebbero*”) proposto dalla Commissione parlamentare consultiva vale a sottolineare ancor più che l'impossibilità di sostenere la prospettazione accusatoria, di coltivarla, cioè, in maniera attendibile, deve essere chiara e non equivoca, coerentemente all'univocità dell'infondatezza (“*manifesta*”) che connota la formula usata dal legislatore delegante.

Ed allora può ben affermarsi che l'archiviazione, in concreto può essere richiesta e concessa non solo quando è evidente l'innocenza dell'indagato o quando vi sia carenza assoluta di prove, ma anche in quelle ipotesi di insufficienza o contraddittorietà della prova rispetto alle quali si possa ritenere che il dibattimento non possa offrire alcun reale approfondimento degli elementi conoscitivi.

Ora, il vero nodo della questione è la natura degli strumenti di controllo previsti ed, in particolare, l'estensione dei poteri di controllo del Giudice.

In particolare, occorre immediatamente chiarire che il sindacato demandato all'organo giudicante, essendo volto a verificare se, alla stregua del materiale raccolto nel corso delle indagini, sia conforme a legalità "l'inazione" del pubblico ministero, deve riguardare l'integralità dei risultati dell'indagine, restando dunque esclusa qualsiasi possibilità di ritenere che un simile apprezzamento debba invece circoscriversi all'interno dei soli confini tracciati dalla *notitia criminis* delibata dal pubblico ministero.

Una volta formulata la richiesta di archiviazione, quindi, il “*thema decidendum*” che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità della "inazione" del pubblico ministero.

Ancora, dev'essere segnalato che la Corte Costituzionale (cfr. sentenza 478/1993) ha ulteriormente precisato che la tipologia del "controllo" che il giudice è chiamato ad esercitare in sede di archiviazione e, quindi, la qualità e la quantità delle attribuzioni che l'ordinamento riserva al suo intervento, non possono essere interpretate restrittivamente e, perciò, in stretta aderenza alla specificità della richiesta che il pubblico ministero gli rivolge, quasi che la stessa integri una domanda a devoluzione rigorosamente circoscritta, che impedisce qualsiasi sconfinamento da quel particolare "tema" sul quale l'organo della giurisdizione viene ad essere investito e che il pubblico ministero sarebbe dunque libero di contrassegnare.

Perciò ha affermato che al fine di individuare la specificità dei poteri che contraddistinguono l'intervento dell'organo giurisdizionale occorre avere chiara la funzione che quell'intervento è chiamato a soddisfare nell'ordinamento.

Seguendo questo iter argomentativo, la Corte Costituzionale ha concluso che: *“Qualora...., accanto ad una notizia criminis per la quale difetta una condizione di procedibilità, il giudice ritenga di ravvisare in sede di archiviazione una diversa fattispecie procedibile ex officio in ordine alla quale il pubblico ministero abbia omissso di compiere le necessarie indagini, nulla si oppone,, a che il giudice stesso - se dagli atti non risulti che il pubblico ministero procede separatamente - inviti il pubblico ministero medesimo a svolgere le ulteriori indagini che ritenga necessarie sulla diversa "regiudicanda", fissando il termine indispensabile per il compimento di esse”*.⁴

⁴ La Corte, nello specifico, ha argomentato: *“Ove così non fosse, d'altra parte, non sarebbe "l'inazione" del pubblico ministero a formare oggetto del controllo di legalità da parte del giudice, ma unicamente quella particolare ipotesi di non esercizio dell'azione penale che la stessa parte pubblica affida alla verifica del giudice, delegandosi per questa via all'arbitrio dell'organo assoggettato al controllo il potere di ritagliare la quantità e la qualità dell'intervento*

Va verificato, allora, in concreto come il giudice esercita il potere di controllo, esaminando la disciplina che gli artt. 408-410 c.p.p. dedicano all'ipotesi in cui il pubblico ministero presenti richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato.

Qui le alternative sono svariate e tutte descritte in modo minuzioso: 1) o il giudice accoglie subito la richiesta di archiviazione, nel qual caso pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero (art. 409, primo comma), 2) oppure fissa la data dell'udienza in camera di consiglio, procedendo nelle forme previste dall'articolo 127 (art. 409, secondo e terzo comma). A seguito di tale udienza, ecco le altre possibili scelte: A) o il giudice ritiene necessarie ulteriori indagini, nel qual caso le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse (art. 409, quarto comma); B) fuori di tale evenienza: B1) o accoglie la richiesta di archiviazione; B2) o dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione, in vista della fissazione dell'udienza preliminare entro i due giorni successivi (art. 409, quinto comma), il che, ovviamente, potrà poi avvenire anche dopo il compimento delle ulteriori indagini indicate al pubblico ministero.

Sul punto va segnalato che il disposto di cui al quarto comma dell'art. 409 c.p.p., prescrive che il giudice, all'esito dell'udienza camerale fissata nell'ipotesi in cui ritenga di non potere accogliere la richiesta di archiviazione *“se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica, con ordinanza al p.m., fissando il termine indispensabile per il compimento delle stesse”*.

La dizione normativa induce a riflettere.

dell'organo che quel controllo è istituzionalmente chiamato ad esercitare. Ma che una simile prospettiva non possa essere in alcun modo coltivata, lo si evince, con certezza, oltre che dalla ricostruzione del sistema dianzi delineata, anche da un ulteriore e conclusivo rilievo. Posto, infatti, che ove il giudice avesse ritenuto sufficienti gli elementi raccolti in ordine alla diversa ipotesi di reato, il relativo epilogo sarebbe stato quello di disporre la formulazione della imputazione; è di tutta evidenza, allora, che al medesimo giudice compete anche il potere di invitare il pubblico ministero a svolgere ulteriori indagini nell'ipotesi in cui queste siano risultate carenti ai fini delle scelte sull'esercizio o meno della azione penale, proprio perché i due poteri ("ordine" di formulare l'imputazione o "invito" a svolgere ulteriori indagini) si saldano specularmente all'interno della medesima funzione di controllo che il giudice svolge in sede di archiviazione: impedire, appunto, l'elusione del precetto che impone al pubblico ministero di esercitare l'azione penale, nei casi in cui il processo non appaia superfluo”.

L'organo dell'accusa ha il dovere di compiere "ogni attività necessaria" per assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 358 in relazione all'art. 326 c.p.p.).

Per mantenere la distinzione tra i ruoli del P.M. e del G.I.P. è evidente che l'indicazione del giudice opera - può e deve operare - solo ed esclusivamente come devoluzione di un tema di indagine che il pubblico ministero è chiamato a sviluppare in piena autonomia e libertà di scelta circa la natura, il contenuto e le modalità di assunzione dei singoli atti che ritenga necessari ai fini suddetti.

La Corte Costituzionale, sul punto, ha precisato che: "*E' un errore il ritenere che il giudice, allorché indica al pubblico ministero ulteriori indagini, <le dispone e le commissiona>, procedendo a formulare una tassativa elencazione di specifici atti rispetto ai quali si prefigura una sorta di <delega> al pubblico ministero circa il relativo espletamento*".

Ed infatti, così interpretando la norma, ne risulterebbe svilito il potere-dovere del pubblico ministero di gestire e dirigere l'attività di indagine che, al contrario, deve permanere inalterato anche quando l'attività stessa sia svolta su <indicazione> del giudice (cfr. ordinanza 253 del 1991 con la quale la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 409, quarto comma, e 412, secondo comma, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 97, 101, secondo comma, e 112 della Costituzione)⁵.

⁵ In detto solco, va segnalata, anche per la chiarezza del suo contenuto, l'ordinanza con la quale la Corte Costituzionale (cfr. ordinanza n. 0034 del 1994) ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 409 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 112 della Costituzione, dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano nella parte in cui prevede che, in caso di dissenso sulla richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari debba fissare udienza in camera di consiglio facendo così "venir meno il segreto istruttorio" e l'efficacia di eventuali atti di indagine a sorpresa che intenda delegare al P.M. (intercettazioni telefoniche, perquisizioni domiciliari e sequestri di documenti, esame di testimoni e parti offese").

In particolare, il Giudice remittente sottolineava il possibile pregiudizio che la celebrazione dell'udienza camerale prevista dalla norma impugnata avrebbe potuto determinare per il compimento di specifici atti di indagine "a sorpresa" che lo stesso ipotizzava di dover "ordinare" al pubblico ministero.

Ebbene, la Corte ha affermato che il GIP non può sovrapporre le proprie "metodologie di indagine" a quelle del pubblico ministero, dovendosi limitare ad indicare il tema di indagine, che poi il P.M. è libero di sviluppare.

Se tale è l'ampiezza del controllo che il giudice è chiamato ad esercitare in sede di archiviazione, così da soddisfare integralmente la funzione di legalità che l'istituto svolge nel quadro dei richiamati principi di rango costituzionale, se ne possono allora agevolmente ricavare due corollari, fra loro intimamente connessi.

Anzitutto, un siffatto potere di controllo non ammette differenze "*qualitative*" a seconda dei casi di archiviazione che il codice enumera, giacché "*è proprio la finalità che accomuna tutte le varie ipotesi di archiviazione*" a giustificare l'estensione della disciplina prevista per l'ipotesi base (archiviazione per infondatezza della notizia di reato) anche alle restanti ipotesi, così da "*far emergere una figura di giudice per le indagini preliminari in grado di indicare al pubblico ministero gli approfondimenti non ancora compiuti*" (v. sentenza n. 409 del 1990), senza restare quindi vincolato ad un diverso epilogo a seconda della particolare "*formula*" che lo stesso pubblico ministero ha ritenuto di enunciare nella richiesta.

Ora, se il legislatore, espressamente, per gli "*altri casi di archiviazione*" indicati nell'art. 411 c.p.p. ha richiamato la disciplina normativa prevista dagli artt. 408, 409 e 410 c.p.p., diversamente si è espresso nel caso di cui all'art. 415 c.p.p., vale a dire nel caso in cui è ignoto l'autore del reato.

Ed allora, va ricordato che il P.M. deve richiedere l'archiviazione per essere rimasto ignoto l'autore del reato quando ritiene:

- 1) di non avere reperito nel corso delle indagini alcun elemento di prova idoneo a condurre all'identificazione di un possibile colpevole;
- 2) di avere svolto tutte le indagini al fine di pervenire a tale identificazione.

Se così non è, richiede l'autorizzazione a proseguirle trascorsi sei mesi.

L'art. 415 c.p.p. prevede espressamente che il GIP, se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata, ordina che il nome della stessa sia iscritta nel registro delle notizie di reato e le conseguenti indagini a carico di questa.

Evidentemente non potrà ordinare contestualmente l'imputazione perché, una volta adempiuta la formalità di cui all'art. 335 c.p.p., l'attività di indagine è rimessa nella disponibilità del P.M. al quale spetta ogni valutazione in proposito.

Il GIP potrà emettere il provvedimento ex art. 409, comma, V c.p.p. solo a seguito delle richieste del P.M. su tale soggetto.

Il legislatore apparentemente tace sulla diversa ipotesi in cui il GIP ritenga che il P.M. non abbia svolto tutte le indagini necessarie per l'identificazione dei responsabili.

Ma sul punto deve dirsi che nessun dubbio vi è circa la possibilità del GIP di disporre ulteriori indagini finalizzate all'individuazione degli autori del reato.

Infatti, il silenzio del legislatore o meglio per dirla con le parole della Corte Costituzionale, *“L'essersi il legislatore astenuto dall'operare per l'ipotesi di archiviazione prevista dall'art. 415 un rinvio globale alle disposizioni degli articoli 408, 409 e 410 - a differenza di quanto disposto per gli “altri casi di archiviazione” disciplinati dall'art. 411 (mancanza di una condizione di procedibilità, estinzione del reato, non previsione del fatto come reato) - non comporta di per sé che l'art. 409, quarto comma, non debba trovare applicazione in sede di art. 415”*.

L'assenza di un rinvio del genere trova sufficiente spiegazione nella sicura inapplicabilità all'archiviazione per essere ignoto l'autore del reato di alcune delle previsioni concernenti l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato, come l'ordine di formulare l'imputazione o la fissazione dell'udienza preliminare, momenti che presuppongono entrambi l'attribuzione del reato a persona già individuata.

Ma la mancanza di un rinvio globale non significa che anche le prescrizioni compatibili seguano la sorte di quelle incompatibili.

Anzi, è proprio la finalità che accomuna tutte le varie ipotesi di archiviazione a giustificare l'estensione, dall'ipotesi-base (archiviazione per infondatezza della notizia di reato) all'ipotesi dell'art. 415 (archiviazione perché ignoto l'autore del reato), di quanto

risulta compatibile con quest'ultima, correlativamente alla non estensibilità di quanto si palesa, invece, incompatibile con essa⁶.

3. L'archiviazione ex art. 405 comma 1 bis c.p.p. e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 121 del 20 aprile 2009.

Ben diverso si palesava il presupposto della richiesta di archiviazione previsto dall'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p., disposizione normativa introdotta dalla legge 20 febbraio 2006 n. 46, che così recitava: *“Il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, e non sono stati acquisiti, successivamente ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini”*.

La norma, dichiarata costituzionalmente illegittima con pronuncia della Consulta n. 121 del 20 aprile 2009 per violazione degli artt. 3 e 112 Cost., aveva posto non pochi problemi.

Vale la pena di esaminarli perché la pronuncia della Corte Costituzionale rileva sullo specifico tema oggetto dell'incontro, in quanto chiarisce con estrema chiarezza i punti nodali del controllo giudiziale sulle scelta di azione o inazione del P.M. e ribadisce i canoni fondamentali che devono presiedere ai diversi controlli del giudice della cautela e del giudice per l'udienza preliminare.

Per comprendere la questione va evidenziato che la formula legislativa introduceva un obbligo che non spiegava alcun effetto invalidante sulla instaurazione del procedimento, non traducendosi né in una nullità dell'esercizio dell'azione penale né in una sopravvenuta causa di improcedibilità.

⁶ Secondo la Corte: *“Così inquadrati i rapporti fra l'art. 409 e l'art. 415, diventa possibile un'interpretazione del comma impugnato tale da far emergere una figura di giudice per le indagini preliminari in grado di indicare al pubblico ministero gli approfondimenti non ancora compiuti e, quindi, non vincolato alla pronuncia del decreto di archiviazione nemmeno quando non gli sia possibile ordinare l'iscrizione nel registro delle notizie di reato del nome di una persona già individuata (cfr. Corte Cost. Sent. n. 0409 del 1990).*

Invero, nel caso di specie l'eventuale nullità avrebbe riguardato l'iniziativa del P.M. e l'esercizio dell'azione penale e si sarebbe tradotta nella nullità della richiesta di rinvio a giudizio, formulata dal P.M. nonostante il provvedimento della Suprema Corte.

Tale strada non appariva percorribile in primo luogo perché la norma, attenendo all'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, secondo il principio generale di cui all'art. 177 c.p.p. sulla tassatività delle ipotesi di nullità degli atti del procedimento, nulla aveva previsto sul punto.

Si sosteneva, allora, in alternativa, una seconda lettura interpretativa: la norma avrebbe voluto introdurre una preclusione all'esercizio dell'azione penale assimilabile alle condizioni di procedibilità espressamente regolate dal codice di rito nel Titolo III del libro V e, per l'archiviazione nell'art. 411 c.p.p..

Tale interpretazione presupponeva che con la norma in esame il legislatore avesse inteso introdurre un vero e proprio obbligo processuale per il Pubblico Ministero di richiedere l'archiviazione alle seguenti condizioni:

- 1) valutazione negativa delle risultanze d'indagine acquisite fino all'intervento della pronuncia di annullamento della Suprema Corte;
- 2) mancata sopravvenienza di elementi nuovi.

Ne derivava che, sussistendo tali condizioni, l'esercizio dell'azione penale da parte del P.M. non solo sarebbe stato illegittimo ma obbligatoriamente da sanzionare con una declaratoria di improcedibilità per violazione dello specifico divieto di legge (per essere stata l'azione penale esercitata in violazione dell'art. 405, comma 1 *bis* c.p.p.).

L'argomentazione, per quanto suggestiva ed apparentemente valida, non risultava condivisibile già prima della pronuncia della Corte Costituzionale.

Scopo dichiarato della disposizione in esame era quello di porre un argine alla formulazione di richieste di rinvio a giudizio fondate su un quadro indiziario di conclamata inconsistenza, in quanto già negativamente valutato in fase cautelare e non arricchito da ulteriori apporti.

Di tale intento, già palese nello stesso contenuto della norma, fornisce conferma esplicita la relazione di accompagnamento all'originario disegno di legge n. 5301, trasfuso nell'emendamento che ha inserito la norma nel corpo della legge n. 46/2006 (d.d.l. n. 5301 presentato alla Camera il 28 settembre 2004).

Ad avviso del legislatore, *"La prassi giudiziaria ha dimostrato che, nelle ipotesi suddette, i pubblici ministeri formulano ugualmente la richiesta di rinvio a giudizio a carico dell'indagato, anche in assenza di indagini suppletive">>. Il rimedio è stato individuato nell'introduzione di una <<preclusione per la richiesta di rinvio a giudizio>> che valga, però, come <<regola generale in grado di evitare epiloghi della indagine spesso particolarmente bizzarri e statisticamente attestati acriticamente su ipotesi di nessuna consistenza indiziaria">> (così la relazione al d.d.l. 5301).*

Ebbene, tale regola generale, normativamente, non si era tradotta nell'introduzione di una condizione di procedibilità.

Ed invero, la lettura della norma che si proponeva non solo introduceva un vincolo indiretto all'autonomia del P.M. nell'esercizio dell'azione penale, ma attribuiva al giudice di legittimità, nella fase cautelare, la potestà di una anticipata selezione delle notizie di reato, nel tentativo di creare un raccordo tra la fase cautelare e quella di merito, onde evitare contraddizioni in ordine alla sussistenza ed alla rilevanza degli stessi elementi probatori, invertendo, però, l'ordinario rapporto tra procedimento cautelare e procedimento principale.

E così, secondo questa lettura, si attribuiva un senso alla norma individuandolo nell'intento del legislatore di riservare in modo cogente alla sede della richiesta di archiviazione, anziché a quella dell'udienza preliminare, l'esame finale delle risultanze di indagine già valutate come inconsistenti e che non era stato possibile arricchire di nuovi elementi.

Si assumeva, ancora, che ciò non toccava l'ampiezza delle valutazioni rimesse al giudice investito della richiesta di archiviazione, sostanzialmente assimilabili a quelle

proprie del giudice dell'udienza preliminare, nella fisionomia che questa era venuta nel tempo assumendo (dalla possibilità di disporre l'integrazione delle indagini ai sensi dell'art. 421 bis c.p.p., specularmente alla previsione di cui all'art. 409 comma IV c.p.p., all'obbligo di disporre l'archiviazione in presenza di elementi inadeguati a sostenere l'accusa, ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p., simmetrico alla previsione di cui all'art. 425, comma 3, c.p.p., fino all'imputazione coatta).

La norma imponeva, infatti, al Pubblico Ministero di formulare richiesta di archiviazione, ma non poneva vincoli di sorta al controllo giurisdizionale che ne conseguiva.

Ma il ragionamento entrava in crisi, in quanto se di condizione di procedibilità si trattava, il controllo del giudice investito della richiesta di archiviazione non poteva certo consistere nel disporre nuove indagini ma solo nella valutazione della sua sussistenza (come già osservato la possibilità di disporre nuove indagini è collegato ad una diversa qualificazione giuridica dei fatti o alla verifica di un ulteriore fatto).

L'intento della legge di evitare all'indagato, tutte le volte in cui un preliminare vaglio sull'inconsistenza dell'accusa vi sia già stato, l'apertura stessa della fase processuale e l'assunzione della qualità di imputato, che nell'ottica del diritto di difesa rappresenta un disvalore in sé (come dimostrano le varie nullità poste a presidio degli avvisi che devono precedere la richiesta di rinvio a giudizio, tutti protesi a garantire l'esercizio del diritto di difesa al fine di prevenire l'esercizio stesso dell'azione penale) era stato perseguito introducendo una norma che costituisce un monito per il P.M. ma che non invalidava né condizionava l'esercizio dell'azione penale.

In tal senso peraltro si è espressa la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 19578 del 21/04/2006 emessa dalla Sezione II che, così, si è pronunciata: *“La determinazione del P.M. di non richiedere l'archiviazione, nonostante la Corte di Cassazione si sia pronunciata in ordine alla insussistenza di gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 cod. proc. pen. e non siano stati acquisiti ulteriori elementi a carico dell'indagato,*

non preclude la valida instaurazione del giudizio, perché la norma di cui all'art. 405 comma primo bis, cod. proc. pen., ins. dall'art. 3 L. n. 46 del 2006, ha natura processuale e, trovando applicazione nella fase delle indagini preliminari, non obbliga comunque il G.i.p. a disporre l'archiviazione”.

Da ciò discende che la norma in esame non aveva introdotto una nuova causa di improcedibilità dell'azione penale, trattandosi di norma imperfetta che nessuna sanzione aveva correlato alla sua violazione se non la possibilità di un rilievo disciplinare per il P.M..

D'altronde tanto si spiega anche alla luce del fatto che il Supremo Collegio non conosce direttamente dell'indizio ma, per lo più, si pronuncia sulla sufficienza e sulla tenuta logica della motivazione e che, come rilevato in alcune recenti pronunce del Supremo Collegio, solo in pochi casi la Cassazione si pronuncia direttamente sull'indizio, come invece richiede espressamente la norma laddove fa riferimento al fatto che la Suprema Corte deve essersi pronunciata in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, vale a dire deve avere conosciuto direttamente dell'indizio (ad esempio sotto il profilo dell'utilizzabilità) e, per tale via, essere pervenuta, ad un annullamento senza rinvio del provvedimento oggetto di controllo.

Ebbene la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 121 del 20 aprile 2009 ha ritenuto, come anticipato, fondata la questione di legittimità costituzionale della norma citata con riferimento agli artt. 3 e 112 Cost..

Introducendo un vincolo legale del tutto innovativo alle determinazioni del pubblico ministero in punto di esercizio dell'azione penale, la norma poneva una regola tale da invertire il rapporto fisiologico tra procedimento incidentale *de libertate* e procedimento principale, in una materia ove non si era mai dubitato che la pronuncia emessa in sede cautelare, ancorché all'esito definitivo di una impugnazione, avesse una portata rigorosamente circoscritta al procedimento incidentale *de libertate*, senza poter vincolare né il pubblico ministero, quanto alle determinazioni relative all'esercizio dell'azione

penale, né il giudice dell'udienza preliminare, ai fini del rinvio a giudizio né, ancora, il giudice del dibattimento, con riguardo alla decisione sul merito della regiudicanda (si veda, al riguardo, già Corte di Cassazione, sezioni unite, 12 ottobre 1993, n. 20)”.

Ed invero, fino all'introduzione di tale disposizione normativa le “interferenze tra procedimento cautelare e procedimento principale” erano considerate ammissibili solo in direzione inversa, sulla base del cosiddetto principio di assorbimento: nel senso, cioè, che il raggiungimento di certi stadi decisori nel procedimento principale era idoneo ad incidere in modo preclusivo – positivamente o negativamente – sulla verifica dei presupposti richiesti ai fini dell'applicazione delle misure cautelari personali (si veda, al riguardo, la sentenza di questa Corte n. 71 del 1996).

Tale sistema – che si può definire come affermazione del “principio di “impermeabilità” del procedimento principale agli esiti del procedimento cautelare” - secondo i giudici costituzionali, ha un preciso fondamento logico-sistematico, discendendo non solo dal rilievo che la valutazione operata in un procedimento a cognizione sommaria e a carattere accessorio, quale quello cautelare, non può, in linea logica, condizionare gli sviluppi del procedimento a cognizione piena cui il primo è strumentale ma anche e soprattutto rappresentando “il naturale riflesso dell'impostazione accusatoria del vigente codice di rito, che riserva alla fase processuale l'accertamento della responsabilità dell'imputato (cfr. i principi del «giusto processo» enunciati dall'art. 111 Cost., e segnatamente in quello per cui la prova si forma nel contraddittorio tra le parti, salve le eccezioni prefigurate dal quinto comma del medesimo articolo)⁷.

⁷ Così la Corte: “L'esclusione di effetti condizionanti del giudizio cautelare sul procedimento principale vale difatti a scandire, salvaguardandola, la distinzione tra la fase delle indagini preliminari – nella quale non opera il principio del contraddittorio nella formazione della prova, come non opera in genere per l'applicazione delle misure cautelari – e quella del processo. Essa trova significativa eco, altresì, nella necessaria diversità fra il giudice dell'incidente cautelare e il giudice chiamato a pronunciarsi sul merito dell'imputazione, conseguente al regime delle incompatibilità (art. 34 cod. proc. pen., quale risultante a seguito degli interventi di questa Corte).

Con la norma impugnata, viceversa, il legislatore riconosce a determinate pronunce emesse in sede cautelare un'efficacia preclusiva sul procedimento principale. Più in particolare, la norma attribuisce a talune ipotesi “qualificate” di cosiddetto giudicato cautelare (sentenze della Corte di

Tale inversione dell'ordinario rapporto tra procedimento cautelare e procedimento principale, pur non potendo affermarsi in termini assoluti impossibile, non è stata ritenuta rispondente “a solidi canoni di razionalità”, né nei presupposti né per gli effetti e ciò per un triplice ordine di ragioni:

- 1) La diversità tra le regole di giudizio che presiedono alla cognizione cautelare e quelle che legittimano l'esercizio dell'azione penale⁸.

Trattasi, cioè, di criteri di valutazione che, avendo quale riferimento valori diversi – limitazioni alla libertà personale a fini cautelari, da un lato, e apertura della fase processuale ai fini del giudizio di merito, dall'altro – si pongono su piani diversi: la

cassazione sull'insussistenza della gravità indiziaria) una valenza condizionante che – lungi dall'esaurirsi (secondo la corrente elaborazione giurisprudenziale del suddetto istituto) nel mero impedimento alla riproposizione, rebus sic stantibus, di istanze al giudice della cautela basate su motivi già dedotti – viene ad incidere sulla stessa possibilità di apertura del processo, inibendo l'atto di esercizio dell'azione penale.”

⁸ Sul punto tanto si legge nella sentenza della Corte: *“In ambito cautelare, la valutazione dei «gravi indizi di colpevolezza» implica, infatti – per consolidata giurisprudenza di legittimità e come affermato, in più occasioni, anche da questa Corte (sentenze n. 131 del 1996 e n. 432 del 1995; ordinanza n. 314 del 1996) – un giudizio prognostico di elevata probabilità di colpevolezza, giudizio peraltro di tipo “statico”, in quanto basato sui soli elementi già acquisiti dal pubblico ministero ed essenzialmente funzionale agli scopi della misura, vale a dire alla soddisfazione delle esigenze cautelari allo stato degli atti e durante il procedimento.*

Di contro, alla luce dell'art. 125 disp. att. cod. proc. pen. – secondo cui il pubblico ministero chiede l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato quando gli elementi acquisiti «non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio» – la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fonda su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere “dinamico”, che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudicanda, degli elementi raccolti in fase investigativa. In altre parole, la valutazione di tali elementi ha luogo «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale» e dei suoi precipui obbiettivi, rappresentando «la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo» (sentenza n. 88 del 1991; in senso analogo, sentenze n. 478 e n. 319 del 1993, ordinanza n. 252 del 1991).

gravità indiziaria richiesta dall'art. 273 cod. proc. pen. costituisce un criterio il cui metro di accertamento è eterogeneo rispetto a quello della sostenibilità dell'accusa in giudizio⁹. Ed invero, nella prassi, pur se può ben accadere che gli esiti delle due valutazioni (per la cautela e per l'azione) possano coincidere in concreto, sussistono casi nelle quali la mancanza dei gravi indizi non implica l'inutilità del processo, intesa come insostenibilità dell'accusa in giudizio; così come, a rovescio, ipotesi in cui la prognosi di colpevolezza, sottesa alla ritenuta gravità indiziaria, non trovi poi corrispondenza in una condanna legittimata dalle prove acquisite nel dibattimento¹⁰.

Fare coincidere – come avrebbe voluto il legislatore con l'introduzione della norma in esame - le regole di giudizio che presiedono all'archiviazione e all'esercizio dell'azione penale con le regole proprie del giudizio cautelare, secondo la Corte Costituzionale, dunque, si pone nella prospettiva di “una vera e propria modifica di sistema, idonea a svuotare di significato l'accertamento dibattimentale dell'accusa e, quindi, lo stesso impianto del codice di rito del 1988; e ciò, in palese contraddizione logico-sistematica

⁹ Sul punto la Corte ha osservato che la gravità indiziaria richiesta dall'art. 273 cod. proc. pen. si propone come un criterio il cui metro di accertamento è: *“per certi aspetti anche più rigoroso, per certi altri più debole, in ragione sia della possibilità che taluni degli atti di indagine unilateralmente acquisiti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e considerati per la misura cautelare risultino inutilizzabili in sede di giudizio, sia per l'eventualità che la loro valenza e il loro significato cedano o si trasformino, in uno o altro senso, attraverso la dialettica dell'assunzione probatoria dibattimentale.*

¹⁰ Si ricorda che, in tale prospettiva, la Corte Costituzionale con sentenza n. 71 del 1996 dichiarò costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., gli artt. 309 e 310 cod. proc. pen., nella parte in cui – secondo la costante interpretazione adottata all'epoca dalla giurisprudenza di legittimità – precludevano al giudice dell'impugnazione cautelare (riesame o appello) il controllo sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, allorché nei confronti della persona colpita dalla misura fosse stato emesso il decreto che dispone il giudizio. La Corte osservò, difatti, che la delibazione sottesa al rinvio a giudizio è eterogenea rispetto all'apprezzamento della gravità indiziaria, non sviluppandosi secondo un canone prognostico di colpevolezza o di innocenza, ma attenendo soltanto alla “necessità del dibattimento”. Il decreto che dispone il giudizio non poteva ritenersi, quindi, «assorbente» rispetto alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza: con la conseguenza che precludere l'esame di questi ultimi nelle impugnazioni *de libertate* equivaleva ad introdurre nel sistema un limite «irragionevolmente discriminatorio e ... gravemente lesivo del diritto di difesa».

con le previsioni degli artt. 425 cod. proc. pen. e 125 disp. att. cod. proc. pen., peraltro non toccate dalla riforma”.

2) La diversità della base probatoria delle due valutazioni a confronto.

Non v'è dubbio che il pubblico ministero fruisce di un potere selettivo sugli elementi da sottoporre al giudice della cautela (salvo che per quelli a favore dell'imputato: art. 291, comma 1, cod. proc. pen.): potere che trova il suo metro di esercizio nel vaglio comparativo tra gli interessi, talora confliggenti, ad ottenere la misura richiesta e, nello stesso tempo, a non pregiudicare, con una prematura e ampia rivelazione degli elementi acquisiti, le indagini ancora in corso, specialmente quelle riguardanti più indagati e più ipotesi d'accusa. Al contrario, le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale debbono essere prese sulla base di tutto il materiale investigativo.

Ne deriva che la decisione *de libertate* della Corte di Cassazione può fondarsi su un panorama probatorio diverso e più ridotto rispetto a quello da sottoporre al giudice per il controllo circa l'esercizio dell'azione penale¹¹.

3) Le caratteristiche proprie del giudizio di legittimità, non alterate, sotto l'aspetto che interessa, dall'ampliamento dei motivi di ricorso attuato dalla stessa legge n. 46 del 2006 [nuovo art. 606, comma 1, lettera e), cod. proc. pen.].

Si è già visto – e la sentenza dei giudici Costituzionali lo conferma - che la Corte di Cassazione, quando si pronuncia in materia cautelare, non accerta in modo diretto la mancanza del *fumus commissi delicti*, limitandosi al controllo sulla motivazione del provvedimento impugnato.

Ciò implica che l'eventuale annullamento del provvedimento impugnato non svela automaticamente l'oggettiva inesistenza dei gravi indizi di colpevolezza: alcuni elementi,

¹¹ Sul punto la Corte Costituzionale ha osservato che: “La circostanza, tuttavia, che il pubblico ministero fosse già in possesso di altri elementi, oltre a quelli vagliati in sede di gravame cautelare, atti a dimostrare – eventualmente, anche in modo evidente – la fondatezza della notizia criminis, non varrebbe ad escludere, ai sensi della disposizione censurata, l'obbligo di chiedere comunque l'archiviazione: la norma è, difatti, assolutamente inequivoca nello stabilire che la pronuncia della Corte di cassazione resta priva di efficacia preclusiva solo qualora l'ulteriore materiale d'accusa sia stato acquisito «successivamente» ad essa. Con la conseguenza che la selezione del materiale allegato alla richiesta di misura cautelare, operata dal pubblico ministero sulla base di un apprezzamento del tutto discrezionale, rischia di avere – a parità di situazioni concrete – un effetto condizionante sull'esercizio o meno dell'azione penale”.

benché già acquisiti, potrebbero non essere stati valorizzati nella motivazione del provvedimento impugnato, perché sfuggiti al giudice della cautela o perché, più semplicemente, egli potrebbe avere male motivato sul punto¹².

La rilevata alterazione della logica e delle finalità dell'istituto dell'archiviazione, intesa quale strumento di controllo volto a verificare, in funzione di garanzia dell'osservanza del precetto dell'art. 112 Cost., che l'azione penale non venga indebitamente omessa e la sua trasformazione irragionevole quale strumento preposto ad impedire che l'azione penale venga inopportunamente esercitata, anticipando la funzione di “filtro” dell'udienza preliminare ha, dunque, condotto la Corte alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'istituto di cui all'art. 405 comma 1 bis c.p.p..

Va, ancora, evidenziato che la Corte anche sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge penale (art. 3 Cost.) la Corte ha ritenuto ingiustificata la disparità di trattamento che dall'applicazione della norma ne deriverebbe fra fattispecie identiche sul piano sostanziale: a parità di condizioni, le scelte del pubblico ministero in punto di iniziative cautelari (richiesta o meno della misura, selezione del materiale, esaurimento dei gradi di impugnazione) e la motivazione del provvedimento *de libertate* possono condizionare l'assetto del potere di azione.

Invero, l'iniziativa cautelare dell'organo dell'accusa, conclusasi con un “giudicato cautelare” negativo, imporrà la richiesta di archiviazione mentre il difetto di iniziative cautelari, non impedisce all'accusa l'azione¹³.

¹² Così la Corte ha affermato: “Al riguardo, non può in effetti trascurarsi la circostanza che – almeno per quanto attiene ai profili del fatto – la pronuncia sull'impugnazione cautelare si basa su un accertamento a carattere sommario, operato nel quadro di un procedimento caratterizzato (specie quanto al riesame) da cadenze temporali compresse”.

¹³ Così conclude la Corte sul punto: “In siffatta prospettiva, la richiesta “coatta” di archiviazione, prevista dalla disposizione censurata, finisce per trasformarsi in una sorta di sanzione *extra ordinem* per le iniziative cautelari inopportune dell'organo dell'accusa: sanzione peraltro inaccettabile sul piano costituzionale, perché discriminante tra le posizioni degli indagati in rapporto ad attività addebitabili all'organo dell'accusa”.

PARTE SECONDA

Il potere di controllo del Giudice nell'udienza preliminare

1. La funzione di "filtro": dall'impianto originario del codice alla legge Carotti.

1a. Le pronunce della Corte Costituzionale.

Con riferimento all'udienza preliminare, vanno esaminate alcune pronunce della Corte Costituzionale per proseguire con gli interventi legislativi che hanno operato un profondo mutamento di tale fase.

L'udienza preliminare, nell'iter processuale, rappresenta il momento centrale nel passaggio tra il momento dell'azione (propriamente procedimentale) e quello del giudizio (la fase processuale vera e propria), costituendo il momento deputato al controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero.

Essa è stata definita il momento di "*filtro*", avente **funzione di selezione**, in quanto gli esiti delle indagini preliminari, una volta orientata la scelta del P.M. verso l'esercizio dell'azione, confluiscono nel fascicolo che lo stesso P.M. deve depositare unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, costituendo quella che è stata esattamente definita la **piattaforma probatoria** che verrà valutata dal giudice per stabilire se quell'azione penale esercitata dal P.M. sia idonea ad attivare un giudizio dibattimentale.

Ed allora l'udienza preliminare rappresenta la vera novità del codice del 1988, in quanto, costituisce il momento di verifica dell'operato della pubblica accusa da parte di un organo giurisdizionale "terzo", verifica finalizzata ad evitare la celebrazione di dibattimenti azzardati, in modo da rendere residuale la scelta del giudizio dibattimentale,

anche perché individuata come sede normativamente elettiva della possibile definizione della *regiudicanda*, laddove l'imputato chieda di accedere ai riti alternativi dell'abbreviato o del patteggiamento.

Ma la funzione di filtro di questa udienza veniva in parte vanificata dai limiti della deliberazione affidata al Giudice, in quanto, in conformità con le linee della legge delega, al giudice dell'udienza preliminare veniva riconosciuta una cognizione di natura processuale e non di merito¹⁴.

La stessa Corte Costituzionale in più occasioni ebbe a sottolineare come dalla fase dell'udienza preliminare fosse pure esclusa la valutazione sulla ricorrenza o meno delle circostanze, sul giudizio di bilanciamento (con i conseguenti effetti discendenti sulla prescrizione ante L. n. 251 del 5/12/2005) e come, quindi, la cognizione del GUP avesse natura processuale e non di cognizione piena¹⁵.

¹⁴ Nella Relazione al progetto preliminare si legge che: *“Il controllo giurisdizionale volto a delibare il fondamento dell'accusa non si traduce in un intervento 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 d'iniziativa nella raccolta della prova, anche quello suppletivo e residuale che viene riconosciuto al giudice del dibattimento (direttiva 73). Si è voluto porre «rimedio al pericolo della rinascita di un'attività istruttoria» (Relazione On. Casini alla Camera, p. 16) accogliendo l'orientamento secondo cui, abolito il giudice istruttore, il giudice dell'udienza preliminare «è privato di ogni potere o facoltà d'istruzione»”.*

¹⁵ V. Corte cost. 3 ottobre 1990 n. 431; nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 425 cod. proc. pen. in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento fra la situazione di cui all'art. 425 cod.proc.pen., che non consente al giudice dell'udienza preliminare di riconoscere la sussistenza di circostanze attenuanti, né di procedere al giudizio di comparazione fra circostanze, ai fini della declaratoria di una causa di estinzione del reato, e quella di cui al regime previsto negli artt 256 e 257 Disposizioni Transitorie, che tale potere riconosce, la Corte così ha argomentato: *“.....la ratio che giustifica il diverso trattamento, in ordine al potere del giudice dell'udienza preliminare di riconoscere circostanze attenuanti e di procedere a giudizio di bilanciamento, a seconda che trattasi di situazione transitoria o di regime ordinario, ha natura diversa.*

Appare evidente che il legislatore ha tenuto conto del fatto che nella situazione transitoria il giudice è di norma in possesso di un fascicolo processuale contenente gli atti dell'istruttoria, sia essa sommaria che formale, condotta sotto l'imperio del codice abrogato. Egli, pertanto, si trova in condizione di esaminare un vero e proprio complesso probatorio che gli consente di riconoscere agevolmente la sussistenza di circostanze attenuanti e di acquisire elementi utili all'instaurazione di un giudizio di comparazione.

Di qui l'esplicita autorizzazione al giudice a procedere nei sensi di cui all'art. 257 delle disposizioni transitorie.

Ben diversa, invece, è la situazione nella quale versa il giudice dell'udienza preliminare in regime codicistico. Quando il pubblico ministero deposita nella cancelleria del giudice la richiesta di rinvio a giudizio, egli vi accompagna altresì il fascicolo che di norma contiene soltanto la notizia di reato e la documentazione relativa alle indagini da lui esplesate (art. 416 cod. proc. pen.). Indagini dirette ad acquisire quelle fonti di prova che il pubblico ministero indica nella sua richiesta (art. 417, lett. c), e sulla base delle quali poi le parti potranno promuovere la raccolta della prova nel

Ciò venne sottolineato anche in sede di dichiarazione d'illegittimità della norma dell'art. 425 c.p.p. nella parte in cui consentiva di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto d'imputabilità¹⁶.

La Consulta, infatti, ribadendo che una tale pronuncia poteva solo seguire ad una valutazione negativa sulla possibilità di proscioglimento nel merito, evidenziò come un tale esito fosse precluso nella fase dell'udienza preliminare in cui il compito del giudice non è quello dell'accertamento della verità ma quello di valutare in via prognostica l'utilità del dibattimento.

Appare opportuno riportare un passaggio significativo dell'iter argomentativo seguito dalla Corte, in quanto esprime con estrema chiarezza il concetto appena esposto.

Nella sentenza si legge che, mentre la regola di giudizio enunciata nell'art. 425 c.p.p. *"Fa carico al giudice di apprezzare il merito della imputazione alla stregua del circoscritto parametro della "non evidenza" che il fatto non sussista, l'imputato non lo abbia commesso o che il fatto non costituisca reato, la declaratoria di non luogo a procedere per difetto di imputabilità finisce per fondarsi su di un "accertamento di responsabilità che tiene conto solo della non manifesta infondatezza dell'addebito"*.

In particolare la Corte ha messo in evidenza che nel sistema instaurato con il codice del 1988 le funzioni del Gip e del GUP sono profondamente diverse da quella del giudice istruttore¹⁷ per finalità e tipologia, difettando nei primi organi la funzione tipica di

dibattimento, presentando liste di testi e di periti su specifiche circostanze e indicando prove contrarie, negli atti preliminari (art. 468 cod. proc. pen.).

...Di regola, il giudice dell'udienza preliminare non dispone degli elementi necessari a riconoscere circostanze attenuanti e procedere all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 69 cod. pen...."

¹⁶ Cfr. Corte Cost. 10 febbraio 1993 n. 41

¹⁷ Così si legge nella sentenza sopra richiamata: *"Il postulato della ampiezza deliberativa riservata al giudice istruttore - chiamato ad accertare non solo la riferibilità di un fatto di reato ad un soggetto incapace di intendere o di volere, ma anche ad utilizzare tutti gli elementi di prova raccolti "per trarne le conseguenze sul piano della valutazione della gravità del fatto del non imputabile", così da rendere effettiva e non meramente teorica la pienezza del diritto di difesa (v. sent. n. 233 del 1984) - finisce dunque per rinvenire, nel quadro del nuovo sistema processuale, ostacoli insormontabili, al punto da risultarne minato alla radice il fondamento stesso. Se da un lato, infatti, la finalità delle indagini è esclusivamente quella di consentire al pubblico ministero di assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 326), neppure l'udienza preliminare è sede di acquisizione probatoria destinata " all'accertamento della verità", volgendosi l'intervento del giudice ad apprezzare il fondamento dell'accusa non in termini di positiva verifica della colpevolezza dell'imputato, ma nella ben diversa prospettiva di scongiurare la celebrazione di un dibattimento*

acquisizione probatoria che invece contraddistingueva, secondo gli ampi confini tracciati dall'art. 299 del codice abrogato, le attribuzioni dell'istruttore nella fase antecedente il giudizio e sulla cui falsariga venivano dunque a misurarsi anche i diritti e i poteri processuali delle parti.

Così intesa la funzione di controllo del GUP, evidentemente, ne è derivato il fallimento, nella prassi applicativa, dell'udienza preliminare, inidonea a realizzare la funzione primaria di deflazionare il dibattimento (elevatissimo era il numero di rinvii a giudizio e poco percorsi i riti alternativi).

Da qui l'avvio di un complesso e tormentato percorso di riforma dell'istituto che, passando dall'introduzione dell'art. 421 *bis* c.p.p. e dalla modifica dell'art. 422 c.p.p., ha interessato anche la disciplina della sentenza di non luogo a procedere e del rito abbreviato.

Ed infatti, nell'impianto originario del codice la sentenza di proscioglimento *ex art. 425 c.p.p.* era limitata ai casi in cui era "evidente" la ricorrenza di una delle situazioni d'insussistenza del fatto, di mancata responsabilità dell'imputato o di sua estraneità rispetto al reato. Pertanto era obbligato il rinvio a giudizio nel caso in cui il fondamento accusatorio non fosse connotato da carenze palesi.

superfluo. Verifica, dunque, che opera su di un piano squisitamente processuale, essendo il giudice chiamato a decidere non sul pieno merito della regiudicanda, ma sulla ammissibilità o meno della domanda di giudizio rivolta dal pubblico ministero. Posto che "non esistono, dunque, prove nell'udienza preliminare né significativo accertamento dei fatti, che si profileranno soltanto al dibattimento" (v. sent. n. 431 del 1990), ben si spiega non solo e non tanto la specifica denominazione di "non luogo a procedere" che qualifica - rendendone evidente la peculiarità - la sentenza che definisce l'udienza preliminare, ma, soprattutto, la regola di giudizio che sottende l'adozione di quella pronuncia. Attuando, infatti, una precisa scelta operata dal legislatore delegante, evidentemente mossa dall'intento di rimarcare la centralità del dibattimento come sede fisiologicamente destinata all'esercizio del diritto alla prova, l'art. 425 del nuovo codice chiama il giudice della udienza preliminare a valutare il merito della imputazione con esclusivo riferimento ad un parametro di "non evidenza" che il fatto non sussista, l'imputato non lo abbia commesso o che il fatto non costituisca reato. Le conseguenze che allora possono trarsi ai fini che qui rilevano, sono a questo punto chiare: il sistema delineato dall'art. 425 del codice di procedura penale finisce infatti per imporre al giudice la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, applicando, se del caso, le misure di sicurezza, all'esito e sulla base di un accertamento di responsabilità che si fonda solo sull'etereo presupposto della non evidente infondatezza dell'addebito, risultando in tal modo palesemente sviliti i principi e le affermazioni che hanno sostenuto la giurisprudenza costituzionale che si è innanzi richiamata.

La norma va dunque dichiarata costituzionalmente illegittima in parte qua, in quanto la persona non imputabile viene ad essere per ciò solo privata del dibattimento e della conseguente possibilità di esercitare appieno il diritto alla prova sul merito della regiudicanda, con correlativa irragionevole compressione del diritto di difesa che non può certo ritenersi bilanciata da contrapposte esigenze di economia processuale".

Ciò determinò nei primissimi anni di operatività dell'istituto dell'udienza preliminare ed almeno fino al 1993 la crisi del sistema.

Infatti in sede di archiviazione il giudice poteva accogliere la richiesta del P.M. ai sensi dell'art. 125 disp. att. in presenza di esiti d'indagine semplicemente ritenuti inidonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Analogo esito non poteva, invece, registrarsi laddove il P.M., in presenza di un materiale della medesima consistenza, si fosse determinato a richiedere il rinvio a giudizio.

E pur tuttavia la questione di legittimità costituzionale sollevata per violazione degli artt. 2, 3 e 97 Cost. è stata ripetutamente dichiarata infondata dalla Consulta.

In particolare, la Corte con sentenza n. 64 del 1991, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 422, primo e secondo comma, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consentiva alle parti di prospettare al giudice dell'udienza preliminare temi nuovi o incompleti sui quali si rendeva necessario acquisire ulteriori informazioni ai fini della decisione (ovvero di prospettare la necessità di non dichiarare chiusa la discussione agli stessi fini), subordinando tale meccanismo all'impulso da parte del giudice stesso.

I giudici della Consulta hanno affermato che: *“L'udienza preliminare è stata congegnata come un procedimento allo stato degli atti e non come strumento di accertamento della verità materiale, cioè come una fase processuale e non di cognizione piena, nella quale la funzione del giudice non consiste in una valutazione di tipo prognostico sulle prospettive di condanna o di assoluzione dell'imputato, ma in un controllo sulla legittimità della domanda di giudizio avanzata dal pubblico ministero: con la conseguenza che deve ritenersi coerente a tale impostazione il fatto che spetti al giudice, al solo fine di evitare situazioni di stallo decisorio, individuare <temi nuovi o incompleti> il cui accertamento risulti decisivo a detti fini”, potendosi le parti limitare a fornire indicazioni o sollecitazioni in tal senso nel corso della discussione prevista nell'art. 421”.*

Ma nella prassi applicativa il potere del giudice di sollecitare alle parti temi nuovi o l'approfondimento di temi incompleti era scarsamente applicato anche perché poco efficace.

Con l'ordinanza n. 252 del 1991 la Corte Costituzionale ha esaminato la questione concernente l'eventuale disparità di trattamento fra l'art. 125 disp. att. del codice di procedura penale e l'art. 425 dello stesso codice in ordine alla diversità delle regole da dette norme adottate ai fini, rispettivamente, dell'archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere.

Si affermava che le condizioni per ottenere il non luogo a procedere (art. 425 del codice di procedura penale) sarebbero state più gravose (evidenza della prova della non responsabilità) rispetto a quelle richieste per ottenere l'archiviazione (inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio).

La Consulta ha affermato che la formula adoperata nell'art. 125 delle norme di attuazione del codice di procedura penale - elementi "*non idonei a sostenere l'accusa*" - dev'essere intesa, tanto più se raffrontata a quella contenuta nell'art. 115 del progetto preliminare ("*elementi non sufficienti...al fine della condanna*"), nel senso che sulla base degli elementi acquisiti l'accusa deve essere chiaramente insostenibile e quindi la *notizia criminis* inequivocamente infondata.

Ed ha, pertanto, concluso che la differenza rispetto alla regola adottata per il non luogo a procedere, seppur persistente, si attenua sensibilmente, non potendosi negare un certo accostamento - anche se in prospettive diverse - tra "*insostenibilità dell'accusa*" ed "*evidenza dell'innocenza*"¹⁸.

Ma, come ha sostenuto autorevole dottrina, "*non può non tenersi conto della diversità delle due fasi in esame, perché, mentre il meccanismo dell'archiviazione serve ad*

¹⁸ Seguendo detto iter argomentativo, nella medesima pronuncia, la Corte ha evidenziato che: "la differenza è giustificata dalla diversa funzione che le due discipline assolvono nel sistema del codice, attenendo la prima ad una fase in cui il controllo del giudice è volto sì a non dar ingressi o ad accuse insostenibili, ma ancor più a far fronte all'eventuale inerzia del pubblico ministero ed a garantire, in definitiva, l'obbligatorietà dell'azione penale, mentre la seconda concerne una fase in cui il controllo stesso si svolge in chiave essenzialmente garantistica, al fine cioè di tutelare l'imputato nei confronti di accuse rivelatesi palesemente infondate"; cfr. anche ordinanza della Corte Costituzionale n. 372 del 23.7.1991

accertare la legalità dell'inazione del pubblico ministero in un sistema caratterizzato dall'obbligatorietà dell'azione penale, l'udienza preliminare ha la funzione di verificare la legalità dell'azione esercitata".¹⁹

Inoltre, va ricordato che il requisito dell' "evidente decisività" ai fini della pronuncia di una sentenza di non luogo procedere condizionava altresì il potere del giudice di disporre prove a discarico dell'imputato.

Ne derivava un'ambiguità del sistema generata dalla coesistenza di una regola di giudizio, qual è quella dell'art. 530 commi I e II c.p.p., che imponeva una pronuncia ampiamente liberatoria in presenza di una prova insufficiente, dubbia o contraddittoria, e di quella contenuta nell'art. 425 (originaria formulazione) che, in presenza di una situazione analogamente tipizzata, imponeva il passaggio al dibattimento pur nella convinzione che l'esito del processo sarebbe stato l'assoluzione dell'imputato.

E così con la legge n. 105 dell'8 aprile 1993 venne eliminato dal testo dell'art. 425 c.p.p. l'aggettivo "evidente".

La valutazione affidata al giudice per l'udienza preliminare in ordine all'apertura della fase dibattimentale s'incentra, a questo punto, sulla prognosi di non superfluità del dibattimento.

L'individuazione del parametro valutativo della "superfluità del dibattimento" consente di affermare che, pur sostanzialmente vicini i criteri di giudizio rispettivamente sottesi alle fasi dell'archiviazione (art. 125 dis. att. c.p.p.) e dell'udienza preliminare (art. 425 c.p.p.), non sono sovrapponibili *in toto*.

1.b Ulteriori profili problematici sorti dopo la novella legislativa del 1993

Anche dopo la novella del 1993 prima richiamata non cessarono le oscillazioni giurisprudenziali, in quanto continuavano ad alternarsi pronunce che affermavano che, a

¹⁹ V. Aprile- Saso, L'udienza preliminare, Giuffrè editore.

seguito della innovazione legislativa, l'art. 425 c.p.p. aveva assunto la fisionomia dell'art. 125 disp. att. e che, pertanto, ritenevano il GUP legittimato ad emettere sentenza di proscioglimento nel caso di prove insufficienti e contraddittorie ed altre pronunce che affermavano il principio opposto.

Nel primo senso va richiamata la sentenza della Corte di Cassazione Sez. 1, Sentenza n. 687 del 05/02/1998 CC. (dep. 13/03/1998) che così recita nella massima: *“Ai fini della pronuncia di sentenza di non luogo a procedere, ai sensi dell'art.425, comma 1, c.p.p., nella parte in cui questo fa riferimento all'ipotesi che il fatto non sussista o che l'imputato non lo abbia commesso, non è necessario che vi sia la prova dell'innocenza dell'imputato o che si riscontri una totale mancanza di elementi a suo carico, essendo sufficiente anche la presenza di una situazione in cui la inidoneità degli elementi probatori già acquisiti a dimostrare la responsabilità dell'imputato si accompagni alla ragionevole previsione della impossibilità che in sede dibattimentale ai suddetti elementi se ne possano aggiungere di ulteriori”* (cfr., nello stesso senso Sez. 1, Sentenza n. 1490 del 18/11/1998 Ud.- dep. 05/02/1999).

Nel secondo senso va segnalata, per tutte, Cass.-Sez. 3, Sentenza n. 172 del 22/01/1997 Cc. (dep. 05/03/1997) che ha affermato che: *“Il giudice dell'udienza preliminare può prosciogliere nel merito l'imputato, in forza di quanto disposto dall'art. 425 cod. proc. pen., quando agli atti sussistono elementi incontrovertibili in ordine all'innocenza del predetto e non già quando sono carenti o insufficienti le prove di accusa, poiché soltanto il giudice del dibattimento, dopo aver completato l'istruzione dibattimentale, a norma di quanto disposto dall'art. 530 comma secondo stesso codice, può prosciogliere l'imputato per carenza, insufficienza o contraddittorietà delle prove”*²⁰.

²⁰ Sul punto, poi, si segnala Sez. U, Sentenza n. 18 del 09/06/1995 Cc. (dep. 25/10/1995) Rv. 202375 , relativa al caso di rigetto da parte del GIP di decreto penale di condanna richiesto dal P.M, secondo cui il giudice per le indagini preliminari può, qualora lo ritenga, prosciogliere la persona nei cui confronti il Pubblico Ministero abbia richiesto l'emissione di decreto penale di condanna solo per una delle ipotesi tassativamente indicate nell'art. 129 cod. proc. pen., e non anche per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova ai sensi dell'art. 530, comma secondo, stesso codice, alle quali, prima del dibattimento - non essendo stata la prova ancora assunta - l'art. 129 non consente si attribuisca valore processuale. (Conf. Sez. Unite, 9 giugno 1995 n. 19, 20, 21, 22, rispettivamente in proc. Omenetti, Valeri, Solustri e Tupputi).

In questo quadro, se da un lato i limitati poteri del GUP erano da ascrivere all'intento di impedire la rinascita della ibrida figura del giudice istruttore, dall'altro lato si manifestava sempre più cogente, per la funzionalità del nuovo rito, una figura di giudice per l'udienza preliminare più incisiva, essenzialmente facendo leva sui poteri che l'art. 422 c.p.p. (originaria formulazione) gli attribuiva, di sollecitare le parti ad approfondire le indagini suggerendo nuovi temi di prova o sviluppando temi rimasti incompleti a seguito delle indagini svolte.

In questa prospettiva l'udienza preliminare viene ad assumere il significato di un momento processuale intermedio caratterizzato da una cognizione "semi piena"²¹, ma pur sempre finalizzata ad una decisione di tipo processuale.

In questo quadro il principio di completezza delle indagini si esprime come completezza della piattaforma d'accusa sulla quale si innesca la richiesta di giudizio del P.M. ed il controllo del giudice è finalizzato a rendere efficace la funzione di filtro che l'udienza preliminare deve svolgere.

Invero, una volta superata l'alternativa tra l'azione e l'inazione, la completa individuazione dei mezzi di prova rileva, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili in tema di azione (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare) e, dall'altro, per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio.

La incerta giurisprudenza e la constatazione dello scarsissimo successo dei riti alternativi ha indotto il legislatore ad effettuare la prima grande riforma del 1999 (L. 16 dicembre 1999 n. 431), necessitata anche dalla esigenza di armonizzare il sistema a seguito dell'introduzione del giudice unico effettuata con D.Lvo 19 febbraio 1998 n. 51.

²¹ Cfr. Cass. 9 ottobre 1995 che ha espressamente argomentato in questi termini: "Il legislatore ha inteso evitare che pervengano alla fase del giudizio situazioni nelle quali risulti con ragionevole certezza che l'imputato meriti il proscioglimento: ciò avviene... altresì in presenza di sicura inidoneità delle fonti di prova acquisite ad un adeguato sviluppo probatorio nella dialettica del contraddittorio dibattimentale".

Ed infatti, già con la riforma del cd. giudice unico era stata introdotta una norma, il comma 2 *bis* dell'art. 34 c.p.p., con la quale veniva contemplata l'incompatibilità tra le funzioni del GIP e quelle del GUP, incompatibilità poi ridotte con l'introduzione ad opera della legge 479/1999 (cd. legge Carotti) del comma 2 *ter* all'interno del medesimo art. 34 c.p.p. ed ancora con le previsioni di cui al comma 2 *quater* ad opera del D.L. 82/2000 conv. con modificazioni nella Legge n. 144 del 2000.

2. Gli artt. 421 bis e 422 c.p.p. dopo la cd. legge Carotti: inquadramento generale

Le principali innovazioni apportate all'udienza preliminare dalla Legge Carotti sono costituite, in primo luogo, dal nuovo testo dell'art. 425 c.p.p., introdotto per dissipare i dubbi interpretativi che erano stati evidenziati dopo la riforma del 1993 con l'introduzione della possibilità di proscioglimento anche quando gli elementi acquisiti risultino "*insufficienti, contraddittori o, comunque, non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*"; in secondo luogo – ma sono la vera novità della riforma - l'introduzione dell'art. 421 *bis* c.p.p. e la riscrittura dell'art. 422 c.p.p. grazie ai quali, in buona sintesi, al G.U.P. viene permesso – ma anche chiesto – di acquisire la ragionevole certezza che l'insufficienza o la contraddittorietà degli elementi di prova sottoposti alla sua valutazione siano strutturali e non dipendano, invece, da lacunosità delle indagini alle quali egli è messo in grado di ovviare.

Innanzitutto, perciò, la nuova disciplina dell'udienza preliminare, pur mantenendo la decisione del G.u.p. quale **giudizio prognostico sulla superfluità o meno della fase dibattimentale – e non già della innocenza o colpevolezza dell'imputato** - ha demandato al giudice un apprezzamento del merito certamente meno sommario di quanto non fosse stato sino a quel momento.

Per comprendere l'effettiva portata applicativa, occorre considerare che gli istituti modificati dalla legge Carotti hanno conferito al principio di completezza delle indagini

un carattere di vera e propria centralità: l'introduzione del rito abbreviato, azionabile esclusivamente per volontà dell'imputato comporta che il P.M. non potrà esimersi da predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale²². Allo stesso modo, per indurre l'imputato a patteggiare la pena non basta che il P.M. abbia individuato fonti di prova atte a dimostrare la non superfluità del dibattimento ma occorre che abbia acquisito elementi di consistenza tale da rendere manifesta la convenienza di "abbandonare la partita", rinunciando all'accertamento dibattimentale²³. Dall'altro lato, 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 risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale.

²² V. Corte Cost. 115/2001.

²³ Così Potetti, Il principio di completezza delle indagini ed il nuovo art. 421 bis c.p.p.

2a. Le pronunce della Corte Costituzionale

Solo per inciso, prima di esaminare le disposizioni di cui agli artt. 421 *bis* e 422 c.p.p. va ricordato, avendo una netta refluenza sulla materia che ci occupa, che la nuova natura dell'udienza preliminare è stata percepita anche dalla Corte Costituzionale che con numerose pronunce in tema di art. 34 c.p.p. ha preso atto che quelle del GUP non erano più da intendere quali decisioni meramente processuali.

Invero, con la nota sentenza n. 224 del 2001 la Consulta ha operato una inversione di tendenza, ribadita e rafforzata, nel 2002 (con la sentenza n. 335), ribaltando il precedente orientamento secondo il quale tanto il decreto che dispone il giudizio quanto la sentenza di non doversi procedere - che concludono l'udienza preliminare - non comportano una decisione sostanziale sul contenuto dell'accusa *“trattandosi di decisioni di natura essenzialmente processuale finalizzate a dare ingresso al dibattimento o ad impedirlo”*²⁴.

In tali provvedimenti, pur riaffermando la correttezza delle precedenti interpretazioni, infatti, la Corte ha affermato, che, in conseguenza soprattutto della legge 16 dicembre 1999 n. 431 e, poi, della legge 7 dicembre 2000 n. 397, (in materia di investigazioni difensive), l'udienza preliminare ha subito trasformazioni tali per cui *“ha perduto la sua iniziale connotazione di momento processualmente orientato al controllo dell'azione penale promossa dal pubblico ministero”* perché *“...l'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare riposa su una valutazione del merito dell'accusa non più distinguibile da quella propria di altri momenti del processo”*.

²⁴ V. ord. n. 367/97, 91/98, 207/98, 112/01; in particolare la Corte aveva considerato manifestamente infondata la questione concernente la incompatibilità a celebrare l'udienza da parte dello stesso giudice che avesse disposto, nel medesimo procedimento, il rinvio a giudizio con decreto successivamente annullato.

Infatti - si osserva - grazie al potere integrativo *ex art. 421 bis* ed a quello officioso *ex art. 422 c.p.p.*, il G.U.P. non è più vincolato ad un giudizio sul materiale raccolto dall'accusa e, per di più, si muove all'interno di un contraddittorio più esteso.

Vi è, in sostanza, un incremento degli elementi valutativi *"cui necessariamente corrisponde ...un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di 'sommarietà' che, prima della riforma, erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti"*.

A maggior conferma dell'esattezza del nuovo orientamento la Consulta richiama anche il sopraggiunto arricchimento del tipo di decisione adottabile.

La nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p., infatti, ribalta l'ottica decisionale che non è più *"al negativo"* bensì *"si radica - in positivo - sulla sufficienza, non contraddittorietà, e comunque, idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, imponendosi, in caso di diverso apprezzamento, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere"*.

Facendo, infine, leva anche sull'innovativo comma 2 *bis* dell'art. 34 c.p.p. (introdotto in precedenza dalla legge n. 51/98) - che ha *"separato"*, sotto il profilo dell'identità soggettiva, il G.I.P. dal G.U.P. - la conclusione dei giudici della Consulta è che *"l'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare riposa su una valutazione del merito dell'accusa non più distinguibile - quanto ad intensità e completezza del panorama deliberativo - da quella propria di altri momenti processuali già ritenuti non solo 'pregiudicanti' ma anche 'pregiudicabili' ai fini della sussistenza dell'incompatibilità"*.

Con tale decisione, la Corte dichiarò la illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del G.U.P. a tenere ugualmente udienza preliminare quando abbia già pronunciato sentenza (sia pure annullata in seguito) nei confronti del medesimo imputato o per lo stesso fatto.

Sulla scia di siffatta pronunzia, con la successiva sentenza n. 335/02, la Corte ritenne addirittura inammissibile il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la incompatibilità del G.U.P. a tenere udienza preliminare nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto ove avesse già emesso decreto di rinvio a giudizio poi dichiarato nullo perché la norma, si prestava ormai ad una interpretazione costituzionalmente “resistente” *“bastando assumere che l’udienza preliminare è divenuta anch’essa un momento di ‘giudizio’ che rientra sicuramente nelle previsioni dell’art. 34 che dispongono, appunto, l’incompatibilità a giudicare del giudice che abbia già giudicato sulla medesima res judicanda”*.

Per converso, con altre pronunce, i giudici della Consulta, onde evitare che la semplice esplicazione di un atto determinasse incompatibilità e perciò eccessiva frammentazione del giudizio ma, nel contempo, mantenendo fermo il principio che assicura a ciascun imputato di essere “*giudicato*” da un giudice sereno e scevro da pregiudizi già espressi e anticipati in precedenti provvedimenti – hanno precisato che, in linea di principio, l’incompatibilità non sussiste per atti compiuti dal giudice nella medesima fase ma solo in fasi diverse.

Già nell’ordinanza n. 232/99 la Corte aveva affermato testualmente: *“.....il principio che l’imparzialità del giudice non può ritenersi intaccato da una valutazione anche di merito compiuta all’interno della medesima <fase del procedimento> “*, intendendo quest’ultima quale *“ordinata sequenza di atti ciascuno dei quali prepara e condiziona quello successivo”*.

A sostegno di detta affermazione, infatti, veniva additata come assurda la frammentazione del procedimento mediante l’attribuzione di ciascun segmento di esso ad un giudice diverso e la circostanza che, diversamente opinando, si giungerebbe all’inammissibile conclusione di attribuire alle parti la potestà di determinare l’incompatibilità del giudice speculando proprio sul potere-dovere che gli compete di decidere su istanza della parte stessa.

Tutto ciò sarebbe irragionevole e contrario al principio del giudice naturale e, del resto, l'esclusione dell'incompatibilità "*endofasica*" non si pone neppure in contrasto con il novellato art. 111, 2° co. Cost. dal momento che la garanzia di imparzialità del giudice deve essere coordinata con il principio di efficienza attuato anche attraverso i principi di concentrazione degli atti e di economia endoprocessuale che esige la continuità del medesimo giudicante all'interno della medesima fase.

Su questa linea, pertanto, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio nel rito abbreviato del giudice che abbia deliberato provvedimenti "*de libertate*" nel corso dell'udienza preliminare²⁵.

²⁵ Cfr. Cass. Sez. III 30settembre 2002, Turkovic;

3. I poteri di intervento del Giudice ex artt. 421 bis e 422 c.p.p.

3a. L'art. 421 bis c.p.p.

Con la legge n. 479 del 16/12/99 il legislatore ha previsto sia poteri d'intervento per l'integrazione del materiale investigativo e probatorio (artt. 421 *bis* e 422 c.p.p.) sia un allargamento delle ipotesi di risoluzione della vicenda processuale attraverso l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere anche “*quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*”.

Il legislatore del 1999, più che supinamente affermare il dogma della completezza delle indagini, ha ritenuto questa una finalità attuabile anche attraverso i poteri di integrazione probatoria riconosciuti al GUP.

Se le indagini preliminari sono incomplete e non è adottabile una decisione “*allo stato degli atti*”, il giudice dell'udienza preliminare, anziché dichiarare chiusa la discussione *ex art. 421 ult. comma c.p.p.*, può ordinare un'integrazione delle indagini (*ex art. 421 bis c.p.p.*) ovvero può, anche d'ufficio, “*disporre l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere*” (art. 422 c.p.p.).

Le due iniziative sono alternative, nel senso che non sono percorribili simultaneamente. Può accadere, però, che, dopo il ricorso all'integrazione delle indagini *ex art. 421 bis c.p.p.* il giudice, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., ravvisi la necessità di assumere altri mezzi di prova che siano di evidente decisività ai fini della pronuncia di non luogo a procedere.

Nel testo previgente dell'art. 422 c.p.p. (recante la rubrica “*Sommario informazioni ai fini della decisione*”), invece, al giudice era rimessa esclusivamente la facoltà di indicare alle parti “*temi nuovi o incompleti*” sui quali riteneva necessario acquisire “*ulteriori informazioni ai fini della decisione*”. Si trattava, cioè, di un potere di sollecitazione delle parti ad esercitare il rispettivo diritto alla prova.

Anche questo potere veniva attivato al termine della discussione e presupponeva una valutazione negativa sulla decidibilità allo stato degli atti: esprimeva non un'insufficienza dei contenuti investigativi, ma una loro inidoneità a consentire una delle due decisioni tipiche della fase, il rinvio a giudizio o il proscioglimento dell'imputato.

Le parti rimanevano, poi, libere se attivare o meno il meccanismo di integrazione delle indagini, pur se è evidente che l'inerzia della parte destinataria della sollecitazione faceva ricadere sulla stessa gli effetti della mancata attivazione, essendo probabile che il mancato completamento od aggiornamento della piattaforma d'accusa potesse indirizzare il giudice necessariamente ad un esito decisorio diverso da quello perseguito con l'indicazione *ex art. 422 c.p.p.*

Il limite rilevato nel vecchio sistema d'integrazione era rappresentato dall'assenza di poteri probatori autonomi delle parti, le quali potevano chiedere l'ammissione di prove al giudice solo a seguito di un'iniziale impulso di quest'ultimo diretto nei loro confronti.

La Corte Costituzionale, però, ha ravvisato la coerenza del meccanismo *de quo* col complessivo originario sistema dell'udienza preliminare.

In particolare ha affermato che: *“Con il nuovo codice il legislatore ha inteso abolire la funzione inquisitoria del giudice nella fase anteriore al dibattimento. L'udienza preliminare è stata perciò congegnata, nel suo regime ordinario, come un procedimento allo stato degli atti e non di cognizione piena (art. 421); ed è solo per evitare le situazioni di **stallo decisorio** derivanti da incompletezza del materiale informativo offertogli che è stato conferito al giudice il potere di promuovere il **"supplemento istruttorio"**, concepito, peraltro, come **regime eccezionale**. Non viola, pertanto, il diritto di difesa il fatto che alle parti, in tale fase, non spetti un autonomo diritto alla prova che prescindere dalla valutazione del giudice di non poter decidere allo stato degli atti e dalla previa indicazione dei temi sui quali la prova può utilmente essere prospettata, ciò perché i modi di esercizio e fruizione del diritto di difesa possono essere diversamente articolati in relazione alle speciali caratteristiche strutturali dei singoli procedimenti e*

nell'ordinaria configurazione del nuovo sistema processuale il diritto alla prova può esplicarsi pienamente nel dibattimento, ove sono escluse solo le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue o irrilevanti" (così Corte Cost. sent. n. 64 del 8 febbraio 1991 che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 422 c.p.p.).

L'attuale formulazione dell'art. 422 c.p.p., pur mantenendo i poteri di integrazione probatoria del Giudice sia *ex officio* sia su sollecitazione delle parti (la norma recita "*anche d'ufficio*") li ha limitati alle prove decisive alla pronuncia *ex art. 425 c.p.p.*.

Invece, il controllo sulla completezza delle indagini è stato inserito nell'art. 421 *bis* del codice di rito.

Solo apparentemente i poteri istruttori conferiti al GUP dall'art. 421 *bis* c.p.p. sembrano avere reintrodotto una figura di giudice istruttore per così dire "peggiorato ma indimenticato", in quanto la citata disposizione normativa non attribuisce al giudice veri e propri poteri istruttori ma meri - ancorché penetranti - poteri di sollecitazione istruttoria²⁶.

Il provvedimento del GUP con cui vengono indicate al P.M. le ulteriori indagini da compiere ha la forma dell'ordinanza e deve contenere un termine per lo svolgimento delle indagini, stabilito dal giudice sulla scorta di una prudenziale delibazione di congruità compiuta *ex ante* in relazione alla natura degli atti da compiere. Nell'ordinanza, poi, dev'essere indicata la data della nuova udienza.

In proposito, vale la pena di ricordare, in estrema sintesi, che:

- il tipo di provvedimento (ordinanza), a prescindere dalla espressa previsione normativa – la stessa rubrica dell'art. 421 *bis* c.p.p. titola "*ordinanza per l'integrazione delle indagini*" – è obbligata conseguenza della fase in cui è adottato, vale a dire al termine della discussione e, quindi, una volta instauratosi il contraddittorio tra le parti; trattandosi di un atto di impulso processuale e di carattere

²⁶ V. Aprile- Saso op. cit. p. 141

ordinatorio il provvedimento è sempre revocabile e non è autonomamente impugnabile; né può dar luogo a conflitto perché tra P.M. e Giudice non sono configurabili conflitti in senso tecnico;

- destinatario di detto provvedimento può essere solo il P.M., anche se va segnalato che, secondo un orientamento sostenuto in dottrina²⁷, anche le altre parti private potrebbero essere onerate – in tutto od in parte – dell’esecuzione degli atti d’integrazione istruttoria.

Questa soluzione interpretativa che si fonda, oltre che sul richiamo alla posizione di terzietà del Giudice alla luce dell’art. 111 della Costituzione, anche negli articoli dedicati dal nostro codice alle investigazioni difensive, ed, in particolare, sugli artt. 391 *octies* c.p.p. e 391 *decies* c.p.p. non appare, ad ogni modo, convincente.

A tale riguardo, il legislatore ha utilizzato l’espressione “*indagini preliminari*”, pur se, nonostante la lettera della norma, l’attenzione del G.U.P. non è circoscritta al solo vaglio degli atti delle “*indagini preliminari*” *strictu senso*, ma è estesa anche alle eventuali indagini suppletive depositate *ex art.* 419 co. 3 c.p.p. ovvero a quelle difensive svolte in osservanza dell’art. 391 *bis* c.p.p..

Tuttavia, è altrettanto evidente che dall’art. 421 *bis* c.p.p. si ricava chiaramente che il requisito dell’incompletezza attiene alle indagini e che oggetto dell’ordinanza sono “*ulteriori indagini*”, termine che indica solamente le attività del pubblico ministero, laddove l’attività di ricerca dei mezzi di prova affidata al difensore prende il nome di “*investigazioni*”.

Ciò è espresso chiaramente non solo nell’art. 391 *bis* e ss. c.p.p. ma anche nella disposizione generale dell’art. 327 *bis* c.p.p..

Inoltre, gli artt. 391 *octies* e *decies* c.p.p., facendo riferimento indifferenziato alla fase delle indagini ed a quella dell’udienza preliminare, non hanno altra funzione oltre quella

²⁷ V. Potetti, Il principio di completezza delle indagini nell’udienza preliminare e il nuovo art. 421 *bis* c.p.p., in Cass. Pen. 2000, p.2155 e Aprile.-Saso, op. cit.

di attribuire alla difesa un potere di allegazione di elementi a proprio favore simmetrico a quello attribuito al pubblico ministero.

E poi che senso avrebbe, nel caso di indagini “*delegate*” alla difesa od alle altre parti private, l’avviso al Procuratore Generale, adempimento indefettibilmente stabilito dall’art. 421 *bis* c.p.p.?

Infine, non si comprende come le parti private potrebbero effettuare le indagini indicate dal GUP senza poteri pubblici di coazione.

L’ordine del giudice ha un senso solo se rivolto al Pubblico Ministero che, seppur parte, ha natura pubblica ed è l’unico soggetto che può essere onerato del compimento d’indagini anche a favore dell’imputato.

Non sussistono dubbi fondati circa la possibilità di prorogare il termine e ciò in quanto, come ha più volte statuito la Suprema Corte²⁸ - in plurime e successive sentenze in relazione all’analoga situazione verificabile all’esito delle indagini ordinate ai sensi dell’art. 409 c.p.p. *“la disciplina degli artt. 405, 406 e 407 c.p.p. riguarda l’esercizio dell’azione penale e l’espletamento delle indagini preliminari che competono per funzione propria e originaria al pubblico ministero, per i quali sono stabiliti rigorosi termini di durata sotto il controllo del giudice. Questa disciplina non si applica più quando il pubblico ministero ha formulato le sue richieste, aprendo così una ulteriore fase del procedimento durante la quale il g.i.p. controlla nel merito la fondatezza delle richieste del p.m., siano esse di archiviazione o di rinvio a giudizio. È in questa fase e nell’ambito di questa specifica funzione di controllo che il g.i.p. può anche esercitare un potere di impulso investigativo ai sensi del quarto comma dell’art. 409 cp.p., analogamente al potere di integrazione istruttoria ex officio che spetta al giudice del dibattimento ai sensi dell’art. 507 c.p.p.. Una siffatta disciplina, che indubbiamente stempera la purezza del sistema accusatorio, è stata consapevolmente adottata dal legislatore al fine di apprestare un rimedio contro le inerzie o le negligenze del pubblico*

²⁸ V.. Cass. I sent. 7/6/2000 n. 3191; Cass. III sent. 9/7/2002 n. 37565; Cass. V sent. 17/2/2005 n. 11085

ministero. Alla luce di questa ratio ispiratrice non ha alcun senso che continuino a operare in questa fase i termini di durata delle indagini preliminari stabiliti dall'art. 407, che sono invece sostituiti dai termini appositamente fissati dal giudice ex art. 409, comma 4, analogamente al caso dell'avocazione, nel quale decorrono per le indagini i nuovi termini fissati dall'art. 412 c.p.p..”.

Quest'indirizzo giurisprudenziale trova il suo fondamento anche in alcune pronunce della Corte Costituzionale che ha precisato che: *"Una volta formulate le richieste (conseguenti alla chiusura delle indagini preliminari: n.d.r.), la disciplina dei termini stabilita dagli artt. 405, 406 e 407 del codice di procedura penale non ha più modo di operare, risultando tale disciplina in funzione dell'attività di indagine compiuta d'iniziativa del pubblico ministero, assoggettata al controllo del giudice quanto all'osservanza dei termini stabiliti dalla legge o prorogati".*

Si è aggiunto, ancora, che: *"la stessa formulazione letterale dell'art. 409, quarto comma, nel riservare al giudice il potere di fissare 'il termine indispensabile' per il compimento delle ulteriori indagini, postula con evidenza che al rigoroso meccanismo legale che predetermina la durata delle indagini preliminari viene a sostituirsi una 'flessibile' delibazione giurisdizionale volta a calibrare il termine stesso in funzione della relativa indispensabilità al compimento di quelle ulteriori indagini che il medesimo giudice è chiamato ad indicare... ”²⁹.*

Quel che rimane incerto è cosa succede qualora le indagini non vengano completate nei termini stabiliti dal Giudice.

In ipotesi si possono profilare tre soluzioni alternative:

- 1) il P.M. attende la data fissata per la prosecuzione dell'udienza preliminare per richiedere una proroga;
- 2) il P.M. avanza richiesta di proroga al Gup senza attendere la data dell'udienza;

²⁹ Cfr. Corte Cost. ordinanza n. 436 del 1991

3) il P.M. prosegue comunque le indagini senza la presentazione di alcuna richiesta di proroga.

L'unica via percorribile appare quella di cui al punto 2), che contempera l'esigenza di non interrompere le indagini in quel momento in corso – ma non concluse nei termini indicati dal GUP – ed il diritto delle altre parti di prendere visione ed estrarre copia degli atti desumibile dal disposto dell'art. 131 disp. att. c.p.p. che presuppone la conoscenza da parte loro di un termine entro il quale le indagini devono essere completate.

D'altronde non va dimenticato che esiste un principio di continuità della indagini – desumibile dagli artt. 419 comma III e 430 c.p.p. – secondo il quale non esistono limitazioni temporali all'attività di indagine suppletiva consentita al pubblico ministero dopo la richiesta di rinvio a giudizio e persino dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

Sulla richiesta, il GUP provvederà, sempre nelle forme dell'ordinanza, in camera di consiglio senza la partecipazione delle parti, alla stessa stregua di quanto è previsto dall'art. 406 comma 3 c.p.p.; la non necessità dell'instaurazione del contraddittorio si spiega agevolmente perché il controllo che il Giudice è chiamato a svolgere è limitato alle ragioni che hanno determinato l'impossibilità di rispetto del termine.

Di tale provvedimento, anche ai fini dell'esercizio delle facoltà di cui all'art. 131 disp. att. c.p.p., dovrà essere dato avviso alle parti.

3b. Una questione ancora aperta: il contenuto dell'ordinanza ex art. 421 bis c.p.p. e le facoltà del P.M.

Una questione ancora aperta - sulla quale si registra un netto divario di posizioni - attiene al contenuto dell'ordinanza per l'integrazione delle indagini ed ai poteri del P.M. di svolgere eventualmente indagini aggiuntive rispetto a quelle indicate dal giudice dell'udienza preliminare.

E' stato ben detto che la risposta al quesito dipende dal significato che si attribuisce all'espressione "ulteriori indagini" utilizzata dall'art. 421 *bis* c.p.p..

Secondo un primo diffuso orientamento³⁰ - che si fonda sui principi espressi dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 253 del 6/6/1991 a proposito dell'omologa situazione regolata dall'art. 409 c.p.p.. e di cui abbiamo già parlato - il giudice dovrebbe limitarsi ad indicare in maniera generica dei temi d'indagine da sviluppare, lasciando intatta la piena autonomia e libertà di scelta del pubblico ministero in ordine alla natura, al contenuto ed ai modi di assunzione dei singoli atti d'indagine in quanto, specificandoli, finirebbe per incidere sul potere-dovere del P.M. di dirigere le indagini che, al contrario, deve rimanere libero anche quando si tratti di attività compiute su indicazione del giudice.

A sostegno di tale tesi si esclude che il Giudice possa rivolgere la propria indicazione di ulteriori indagini alla polizia giudiziaria.

Ammettere una simile possibilità, infatti, equivarrebbe a riconoscere al giudice il potere di disporre direttamente le indagini nell'ambito di un vero e proprio rapporto gerarchico (quale quello previsto dall'art. 109 Cost.) attraverso una delega di indagine alla polizia giudiziaria con indicazione di vincolanti e specifici atti da compiere.

Si afferma, dunque, che il tenore letterale dell'art. 421 *bis* c.p.p. - a differenza del contenuto di altre norme come gli artt. 422 e 507 c.p.p. - riconosce al giudice un mero potere di impulso istruttorio, individuando le lacune della piattaforma probatoria sottoposta al Giudice dal P.M. e, perciò, i temi di indagine da svolgere.

³⁰ V. Brichetti - Pistorelli, L'udienza preliminare, Milano, 2003, p. 202; nel medesimo senso, Aprile-Saso, L'udienza preliminare, Milano, 2005, p. 156; Barazzetta, Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali, in Ind. Pen., 2000, p. 536.

In quest'ottica, il P.M. può recepire o meno l'indicazione proveniente dal Giudice e, nel caso in cui l'accolga, conserva la facoltà di individuare i mezzi istruttori più idonei per colmare le lacune investigative segnalategli³¹.

Quest'orientamento non conduce, tuttavia ad escludere in radice la configurabilità, in concreto, di situazioni peculiari che impongano indicazioni specifiche per colmare la lacuna individuata dal Giudice, salvi i poteri del P.M. di sviluppare le indagini secondo le proprie autonome determinazioni.

La integrazione richiesta dal GUP deve, dunque, essere funzionale e necessaria ai fini della valutazione allo stesso demandata sulla base di un'ipotesi di accusa già formulata (l'imputazione) ed alla stessa strettamente collegata, ma non può avere ad oggetto soluzioni del tutto sganciate dall'ipotesi accusatoria; al massimo, può spingersi ad ipotizzare una riqualificazione giuridica del fatto stesso, ipotesi, questa, che costituisce una sorta di linea di confine dell'ambito sul quale, poi, decidere se vi siano o meno gli estremi per il rinvio a giudizio ovvero quelli del proscioglimento.

In tale modo viene conservata l'imparzialità e la terzietà dell'organo chiamato a decidere.

Invero, le ulteriori indagini oggetto dell'ordinanza ex art. 421 bis c.p.p. non hanno necessariamente un segno favorevole o sfavorevole all'imputato, in quanto, *“di regola il giudice dovrà limitarsi all'indicazione dell'incompletezza di un tema probatorio, mentre sarà l'esito di ulteriori indagini - non prevedibile ex ante – a rivelarsi contra reum o pro reo..”*³².

Seguendo questa impostazione, la *“completezza”* delle indagini è strumentale alla *“decidibilità allo stato degli atti”* sì da potersi concludere che sono da ritenere complete quelle indagini che consentano di decidere allo stato degli atti.

³¹ Ciò è evidente in quanto non sono previste sanzioni processuali per l'inerzia del P.M., unico rimedio essendo rappresentato soltanto dall'avocazione del procedimento da parte del procuratore generale (a sua volta solo onerato dello svolgimento delle indagini).

³² V. Aprile-Saso op. cit. pag. 157

Evidentemente, però, occorre intendersi perché l'ordinanza *ex art. 421 bis c.p.p.* non apre spazi investigativi smisurati e del tutto sganciati dalla risultanze in atti né può giustificare accertamenti su temi del tutto tralasciati dal pubblico ministero e che non si sono tradotti in alcuna imputazione.

Evidentemente il mantenimento della necessaria terzietà del giudice impone una lettura che limita i poteri dello stesso al “*completamento del quadro cognitivo*” fino a quel momento raccolto.

L'art. 421 *bis c.p.p.* non offre uno strumento per riaprire, attraverso il GUP, le indagini preliminari rimettendo in termini un P.M. inerte e consentendo, così, di aggirare le disposizioni normative di cui agli artt. 405, 406 e 407 c.p.p. né per mutare le “*caratteristiche genetiche*” del GUP e dell'udienza preliminare.

Ne deriva, allora, che la scelta del P.M. di non attivarsi – che tradotta in termini di integrazione probatoria equivale a dire la scelta del P.M. di non provare i fatti costitutivi dell'azione penale – dovrebbe determinare l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.*: sarebbe del tutto illogico che il giudice, dopo avere riconosciuto l'inidoneità degli elementi presentati dal P.M. al fine di attivare un dibattimento, rimanendo immutata la piattaforma probatoria sottoposta al suo esame, non emetta una sentenza di proscioglimento ai sensi anche del comma 3 dell'art. 425 c.p.p.

Ma il caso concreto può offrire ipotesi diversificate.

La più ricorrente è quella in cui l'integrazione probatoria sia stata svolta solo parzialmente.

In detto caso, non è automatico il proscioglimento, in quanto potrebbe essere stato acquisito materiale probatorio sufficiente a far ritenere necessaria la verifica dibattimentale.

Ma, pur affermando che il P.M. non è obbligato a svolgere le indagini integrative, tuttavia non tutti ritengono accettabile addivenire, in caso di inerzia, ad un proscioglimento e propongono il ricorso all'ordinanza ex art. 422 c.p.p.³³.

Altro orientamento è sostenuto da chi interpreta l'espressione usata nell'art. 421 *bis* il giudice "*indica le ulteriori indagini*" come attribuzione al GUP di un potere di elencazione specifica degli atti d'indagine³⁴.

Sul medesimo fronte si colloca chi giunge a sostenere che, con il meccanismo descritto dall'art. 421 *bis* c.p.p. si apra "*Nella fase processuale una «parentesi investigativa» del tutto simile a quella delineata dall'art. 430 c.p.p.; con la non trascurabile differenza, però, che nel nostro caso il magistrato del pubblico ministero non sceglie il nuovo percorso investigativo ma esegue l'ordine del giudice dell'udienza preliminare; quest'ultimo finisce per divenire, e neppure tanto indirettamente, il vero «dominus» del contenuto probatorio degli atti: atti sui quali dovrà fondare la sua decisione*"³⁵.

Certamente se l'ordinanza ex art. 421 *bis* c.p.p. può richiamare quella ex art. 409 comma 4 c.p.p., altrettanto certo è che il parallelismo non può essere completo, in quanto deve tenersi nel debito conto la diversità della fase in cui i detti provvedimenti intervengono che incide anche sulla diversità della finalità della integrazione richiesta: nel primo caso, il controllo, in un sistema fondato sull'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, in ordine alla scelta dell'inazione del P.M.; nel secondo, la valutazione di completezza delle indagini rispetto agli epiloghi dell'udienza preliminare nella scelta tra emissione del decreto di rinvio a giudizio o pronuncia della sentenza di non luogo a procedere.

Ed allora, ferma restando la neutralità delle attività di integrazione probatoria rispetto all'oggetto del giudizio (la *rei iudicanda*) e l'autonomia del destinatario di compiere

³³ Così Guglielmo Leo "*Esercizio dell'azione penale e controllo giudiziale del G.I.P. - I Poteri di integrazione probatoria nella procedura d'archiviazione e nell'udienza preliminare*" Appunti per la relazione al corso del CSM del 12.09.2005 "La funzione giudiziale preliminare"

³⁴ V. Tonini, Manuale di procedura penale, Milano, 2003, p. 456.

³⁵ V. De Caro A., "L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare, in "Le recenti modifiche al codice di procedura penale", vol. I a cura di Luigi Kalb, Milano, 2000

attività d'indagine suppletiva, è proprio la finalità dell'attività d'integrazione ad imporre necessariamente un perimetro determinato per l'espletamento delle indagini rimesse dal giudice al P.M..

E così appare sostenibile che *“mentre il pieno governo dell'attività investigativa ha un senso compiuto nel caso delle indagini coatte di cui all'art. 409 c.p.p., in quanto il pubblico ministero non è vincolato alla sua determinazione originaria alla non-azione dall'esistenza di un principio d'irrettattabilità (per cui può autonomamente rivedere la sua scelta ed orientarsi, all'esito delle ulteriori indagini, per una successiva richiesta di rinvio a giudizio), lo stesso non può dirsi nel caso in cui, effettuato il supplemento istruttorio di cui all'art. 421bis c.p.p., il P.M. si convinca dell'inutilità di prosecuzione del processo. In tal caso il suo revirement sarà condizionato alla pronuncia del proscioglimento da parte del giudice ai sensi dell'art. 425 c.p.p.”*³⁶.

Si afferma, poi, che la seconda soluzione - che privilegia l'indicazione specifica degli atti d'indagine (pur non escludendo in via d'eccezione la possibilità di indicazioni più generiche dei temi d'indagine, con una prospettiva rovesciata rispetto alla prima soluzione) consente di contrastare prassi scorrette di aggiramento dei termini delle indagini preliminari nonché di evitare che l'ordinanza in esame costituisca una sorta di *“restituzione in termini”* in favore di un Pubblico Ministero inerte nel corso delle indagini preliminari.

3c. Il potere d'integrazione istruttoria e la sanatoria degli atti nulli e/o inutilizzabili

Occorre soffermarsi adesso sul potere d'integrazione istruttoria e la sanatoria degli atti nulli e/o inutilizzabili, essendo questo uno dei problemi che nella prassi applicativa più spesso si pone.

³⁶ V. Russo N., *“La formazione anticipata della prova e le attività di integrazione investigativa e probatoria del giudice”* relazione all'incontro di studio *“Il Ruolo del GIP e l'udienza preliminare”* organizzato dal CSM in Roma il 11-13 dicembre 2006

Bisogna chiedersi se il giudice dell'udienza preliminare possa far ricorso al potere di cui all'art. 421 *bis* c.p.p. per consentire la sanatoria di atti compiuti nelle indagini preliminari affetti da nullità o da inutilizzabilità cd. patologica.

Ora indubbiamente chi afferma che il GUP non può indicare mezzi di raccolta delle prove specifici esclude in radice tale soluzione.

Ma identica è la risposta di chi ritiene che il GUP possa “delegare” al P.M. il compimento di atti di indagine specifici.

Ed invero, quello previsto dall'art. 421 *bis* c.p.p. è un potere finalizzato alla verifica della completezza della piattaforma probatoria e non di sanatoria.

Così si è espressa la Corte di Cassazione che ha ritenuto “*..illegittimo il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare, il quale, a norma dell'art. 421 bis c.p.p., dichiarare l'inutilizzabilità, o altro vizio meramente procedurale, di un atto compiuto dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, restituendogli gli atti "affinché provveda a completare le indagini mediante la rinnovazione dell'atto", in quanto l'integrazione prevista dal citato art. 421 bis riguarda esclusivamente gli adempimenti istruttori, e non si estende alla sanatoria dei vizi procedurali. L'ordinanza relativa non è però "abnorme", in quanto non si tratta di atto che, sotto il profilo strutturale, per la sua singolarità, si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, né che, sotto il profilo funzionale, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo*”³⁷.

³⁷ Così Cass. Sez. IV, 21.11.2003, dep. il 14.11.2004, n. 702 che in motivazione ha ricordato che: “*la norma di cui all'art. 421 bis c.p.p. si inquadra nell'evoluzione che ha subito la funzione dell'udienza preliminare rispetto all'originaria impostazione legislativa, che, lungi dal valorizzarla come udienza "di filtro", aveva causato una rilevante prevalenza dei decreti di rinvio a giudizio rispetto ad ogni altro provvedimento (sentenza di proscioglimento; rito alternativo), stante anche i limiti istruttori, soprattutto in procedimenti semplici, con notevole inflazione del carico dibattimentale e rallentamento dei tempi di conclusione dei processi.....In tale ottica.....sono stati modificati gli artt. 422 e 425 c.p.p., con il primo ampliandosi i poteri di integrazione probatoria del giudice, e con il secondo escludendo "l'evidenza" della sussistenza di una causa di proscioglimento per poter pronunciare la sentenza di non luogo a procedere.*

La stessa finalità ha l'inserimento nel sistema procedurale dell'art. 421 bis c.p.p., la cui ratio è non solo quella di rendere il più complete possibile le indagini del P.M. (formandosi poi sempre la prova al dibattimento), ma anche di offrire alle parti ed al giudice un quadro degli accertamenti di fatto tale da favorire l'accesso ad un rito alternativo, o, in mancanza, da mettere in condizione il GUP di decidere se prosciogliere o rinviare a giudizio l'imputato sulla base di esaurienti indagini preliminari. Ciò premesso, le espressioni usate dal legislatore, di consentire la restituzione degli atti al

Ed invero, il potere del giudice, inteso a sanare un'irregolarità formale in fase di indagini preliminari, esula completamente da quelli conferiti dal legislatore al GUP con l'inserimento codicistico dell'art. 421 *bis* c.p.p., dovendosi escludere la possibilità che l'integrazione di una lacuna istruttoria possa essere ravvisata anche nell'ipotesi di nullità, inutilizzabilità, o comunque vizio processuale di un atto di indagine, desumendosi ciò non solo dalla dato letterale, ma anche dalla inequivocabile *ratio legis*.

3d. La successiva udienza preliminare.

Poiché l'ordinanza *ex art. 421 bis* c.p.p. contiene in sé anche la data della nuova udienza preliminare, può dirsi che essa non realizza una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, realizzando piuttosto un intermezzo istruttorio all'interno dell'udienza preliminare.

In detta successiva udienza le parti devono nuovamente discutere, anche se controverso è se la discussione è riaperta in toto o se si tratta della prosecuzione della fase di discussione sospesa.

Non è un problema astratto, ma preminentemente pratico in quanto coinvolge l'applicabilità di diversi istituti.

P.M. "se le indagini risultano incomplete" e "indica le ulteriori indagini" non possono avere altro significato che quello di procedere ad un'integrazione istruttoria, con esclusivo riferimento al merito del procedimento."

La questione proposta alla Corte atteneva alla censura di abnormità dell'ordinanza del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Busto Arsizio, con la quale era stata dichiarata l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese *contra alios* da alcuni imputati di procedimento connesso ed era stata ordinata la restituzione degli atti al P.M. al fine di provvedere a completare le indagini mediante la rinnovazione dell'esame dei soggetti indicati e di quanti altri avessero reso dichiarazioni contro altri imputati.

Il GUP aveva motivato il provvedimento, rilevando che il P.M., pur avendo depositato la richiesta di rinvio a giudizio in data successiva all'entrata in vigore della legge n. 63/2001, non aveva osservato la disposizione di cui all'art. 26 legge citata, che impone al P.M., nella pendenza delle indagini preliminari, di rinnovare l'esame dei soggetti indicati negli artt. 64 e 197 *bis* c.p.p. al fine di avvisarli che le loro dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altre persone comporteranno l'assunzione dell'ufficio di testimone in ordine agli stessi.

Il GUP aveva, quindi, ritenuto che le indagini risultavano incomplete ed aveva attivato il meccanismo processuale di cui all'art. 421 *bis* c.p.p..

Al riguardo la Cassazione ha ricordato che: "la norma di cui all'art. 421 *bis* c.p.p. si inquadra nell'evoluzione che ha subito la funzione dell'udienza preliminare rispetto all'originaria impostazione legislativa, che, lungi dal valorizzarla come udienza "di filtro", aveva causato una rilevante prevalenza dei decreti di rinvio a giudizio rispetto ad ogni altro provvedimento (sentenza di proscioglimento; rito alternativo), stante anche i limiti istruttori, soprattutto in procedimenti semplici, con notevole inflazione del carico dibattimentale e rallentamento dei tempi di conclusione dei processi".

In primo luogo è indubbio che l'imputato possa sollecitare il GUP ad ulteriori iniziative ex art. 422 c.p.p. oppure formulare richiesta di giudizio abbreviato o richiedere il patteggiamento (richieste dalle quali si decade solo dopo che sono state formulate le conclusioni in sede di udienza preliminare) o voglia rendere interrogatorio o dichiarazioni spontanee, atti possono essere resi fino a quando il giudice non abbia dichiarato chiusa la discussione.

Quel che rimane controverso è se le parti possano sottoporre al GUP, oltre al materiale probatorio raccolto su sollecitazione del giudice stesso, anche i risultati dell'attività suppletiva di indagine o di investigazioni difensive svolte.

La questione è stata affrontata in una pronuncia del GUP presso il Tribunale di Torre Annunziata (v. sentenza 9/25-11-2004, massimata in Guida al Diritto 2005, fasc . 8, pag. 96)³⁸ ed alla motivazione della stessa, pertanto, si rinvia, precisando in questa sede solamente che l'orientamento predominante sembra propendere per la soluzione negativa fondata sul rilievo che l'attività di integrazione probatoria ex art. 421 *bis* c.p.p. interviene **prima della chiusura della discussione**, mentre la possibilità per le parti, prevista dal combinato disposto degli artt. 419, comma 3, c.p.p. e 421, comma 3, c.p.p. di depositare la documentazione relativa alle indagini espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio trova un limite temporale nella disposizione secondo la quale le parti illustrano le proprie conclusioni sulla base degli atti contenuti nel fascicolo trasmesso a norma dell'art. 416 comma 2 nonché degli atti e documenti ammessi dal Giudice “*prima dell'inizio della discussione*”.

3e. Il potere d'integrazione istruttoria e la separazione dei processi

³⁸ una sintesi completa della problema si trova in Russo, op., cit.

Altro profilo controverso nella prassi applicativa è quello della applicabilità del disposto di cui all'art. 18 comma I lett.a c.p.p. anche nei casi di necessità di integrazione probatoria *ex art. 421 bis c.p.p.*

La disposizione normativa in esame prevede che il Giudice per l'udienza preliminare può operare la separazione dei procedimenti ogniqualvolta per taluno degli imputati o taluna delle imputazioni è possibile pervenire prontamente alla decisione, mentre nei confronti di altri imputati e per altre imputazioni è necessario acquisire ulteriori informazioni **a norma dell'art. 422 c.p.p.**

C'è chi propende per una risposta affermativa, ipotizzando che la dizione letterale è frutto di scarsa coordinazione tra le norme e non di una precisa scelta legislativa, ma la soluzione non mi convince.

A fronte di un'indicazione analitica dei casi di separazione dei processi (oltre che di riunione) la possibilità di individuare altre ipotesi, oltre quelle espressamente indicate, è stata dal legislatore espressa con la previsione del comma 2 dell'art. 18 c.p.p. che, però, è ancorato a presupposti diversi da quelli indicati nel comma 1 lett. a) (accordo della parti e valutazione del giudicante circa l'utilità della separazione ai fini della speditezza del processo).

4. L'art. 422 c.p.p.: la nozione di "prova decisiva"

A norma dell'art. 422 c.p.p. (come novellato dall'art. 22 della legge 479/99), il giudice dell'udienza preliminare può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali *“appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere”*.

Si tratta di un'importante novità, poiché nella previgente formulazione dell'art. 422 c.p.p. il Giudice poteva indicare alle parti solamente *“temi nuovi o incompleti”* in ordine ai quali riteneva necessario acquisire *“sommario informazioni ai fini della decisione”*.

Era un potere limitato e residuale, addirittura inferiore a quello suppletivo concesso dall'art. 507 c.p.p. al giudice del dibattimento.

La nuova formulazione è stata intesa – d'altronde non potrebbe essere altrimenti – quale espressione della funzione di garanzia che il giudice dell'udienza preliminare deve svolgere nei confronti della presunzione di innocenza dell'imputato garantita dall'art. 27 della Carta Costituzionale.

L'ordinanza in esame presuppone, ancora, che il giudice ritenga non decidibile la causa allo stato degli atti e, conseguentemente, non dichiarare chiusa la discussione e che non ritenga di disporre un supplemento di indagine *ex art. 421 bis c.p.p.*

Presupposto indefettibile per l'attività di integrazione probatoria *ex art. 422 c.p.p.* è che la piattaforma probatoria sia completa o comunque sia stata completata *ex art. 421 bis c.p.p.*

La regola dettata dall'art. 422 c.p.p., poi, evidenzia che si tratta di uno strumento rivolto ad orientare la valutazione del GUP verso l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere, con esclusione, dunque, di tutte quelle prove che, seppur decisive, non siano finalizzate ad un provvedimento *ex art. 425 c.p.p.*

Non è più consentito, quindi, assumere prove decisive ai fini del rinvio a giudizio, come avveniva sotto il vigore del previgente art. 422 c.p.p. (a tal fine potrà essere utilizzato lo strumento di cui all'art. 421 *bis c.p.p.*, al quale però, si potrà ricorrere anche pro reo).

Quando, invece, il G.U.P. esercita il potere conferitogli dall'art. 422 c.p.p. l'impossibilità di decidere *rebus sic stantibus* non deriva dalla incompletezza delle indagini ma dal profilarsi della eventualità che l'acquisizione di una nuova prova sia decisiva ai fini dell'emissione di una sentenza di proscioglimento. Pertanto, questo tipo di integrazione non ha finalità “*investigative*” in senso lato e neppure di completamento ma, semmai, di puntualizzazione di elementi decisori già presenti ed identificati.

Nessun dubbio può sollevarsi in ordine alla possibilità che l'esercizio dei poteri officiosi del G.U.P. ex art. 422 c.p.p. può e deve estendersi sino alla verifica che il castello accusatorio sia anche semplicemente insufficiente o contraddittorio.

Questa precisazione si impone alla luce del disposto di cui all'art. 425 comma 3 c.p.p., come novellato dalla riforma del 1999.

Ed invero, prima della legge Carotti, l'istituto del proscioglimento, per così dire, "*per insufficienza di prove*" non esisteva ed il G.U.P. era tenuto a disporre il rinvio a giudizio anche quando l'esame delle fonti di prova apportate dall'accusa – per la loro contraddittorietà o insufficienza - convinceva della possibilità che, in dibattimento, si pervenisse ad un'assoluzione ex art. 530 comma 2 c.p.p., in netto contrasto non soltanto con i principi di economia processuale ma anche della funzione dell'udienza preliminare quale "*filtro*" deflattivo.

Ed allora occorre verificare quale siano i rapporti tra le norme di cui agli artt. 421 *bis* e 422 c.p.p. ed il richiamo al novellato art. 425, comma 3, c.p.p..

"*Mancanza, insufficienza o contraddittorietà*" del quadro probatorio sono concetti chiaramente diversi rispetto alla "*incompletezza delle indagini*": quest'ultima legittima i poteri ex art. 421 *bis* c.p.p., le prime la pronuncia di una sentenza di proscioglimento.

La correlazione tra l'attività ex art. 422 c.p.p. e la pronuncia di proscioglimento comporta allora che il contenuto dell'atto da assumere debba essere idoneo o a dare piena contezza della ricorrenza di una delle ragioni di proscioglimento di cui al primo comma dell'art. 425 comma 1 c.p.p., o, ancora a depotenziare, nei termini di cui all'art. 425, comma 3, c.p.p., l'impianto accusatorio.

Si può tranquillamente affermare, per contro, che, in considerazione del fatto che il comma 2 dell'art. 425 c.p.p. trova applicazione con riferimento alle sentenze di proscioglimento per estinzione del reato a seguito di prescrizione, la portata applicativa della norma è stata ridimensionata dalla novella in materia di prescrizione introdotta dalla L. n. 251 del 5/12/2005.

Infatti, com'è noto, per i reati commessi dopo l'entrata in vigore della L. n. 251 del 5/12/2005, la nuova disciplina dell'art. 157 comma 2 c.p. esclude che nella determinazione del termine di prescrizione si possa tenere conto della circostanze attenuanti ed aggravanti, limitandosi a stabilire che si considera solo dell'aumento di pena stabilito per le circostanze aggravanti ad effetto speciale e non si applica le disposizioni dell'art. 69 c.p..

Evidentemente la portata applicativa della norma di cui all'art. 425 comma 2 c.p.p. rimane impregiudicata per i reati commessi anteriormente alla novella, qualora la disciplina originaria dell'art. 157 c.p. risulti più favorevole di quella sopravvenuta.

Peraltro, l'unica ipotesi che – alla luce della nuova disciplina assume rilievo è quella della eventuale prova che appare decisiva al fine di escludere la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale contestata, venendo meno la quale il reato sarebbe prescritto.

Pur se trattasi di un'ipotesi non disciplinata dal comma 2 (che si riferisce esclusivamente alle circostanze attenuanti o al giudizio di bilanciamento) sembra che non possa che sostenersi (sempre nella logica deflattiva e di economia processuale che informa i poteri del giudice ex art. 422 c.p.p.) che il GUP possa disporre l'assunzione di elementi di prova che ritiene decisivi al tal fine.

Pur se ancorati alla evidente - *ex ante* - decisività ai fini della pronuncia di proscioglimento, i poteri istruttori in esame sono, a differenza che nella vecchia formulazione, accresciuti, ben potendo essere attivati *ex officio* e non più limitati ad una griglia legislativamente prevista.

Va rilevato che appare ragionevole ritenere che l'espressione “*prova*” utilizzata dal legislatore nella norma in commento sia senza dubbio impropria, essendo la formazione della prova riservata al dibattimento e soltanto eccezionalmente consentita in una fase antecedente con l'incidente probatorio.

In realtà il legislatore ha voluto impropriamente sottolineare che trattasi di mezzi di prova aventi efficacia dimostrativa dei presupposti per l'emissione della sentenza di non luogo a procedere.

Ed infatti nella stessa norma, poi, il legislatore ha utilizzato i termini “*audizione*” ed “*interrogatorio*”, piuttosto che “*testimonianza*” ed “*esame*”, così rendendo ragione di detta interpretazione.

Ciò serve anche a chiarire il riferimento alla perizia compiuto nell'art. 422 c.p.p..

Al riguardo appare più coerente ritenere che il Legislatore quando fa richiamo alla citazione del perito, intenda non la possibilità che si disponga, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., una perizia (che – data la fase e le forme attuabili – dovrebbe avvenire con incidente probatorio), bensì faccia riferimento alla possibilità che venga disposta l'audizione per chiarimenti di colui che, nel corso dell'incidente probatorio effettuato in fase d'indagini o nelle precedenti scansioni dell'udienza preliminare, abbia svolto il ruolo di perito.

Ad opinare diversamente si stravolgerebbe – come rilevato – con la disciplina dell'udienza preliminare un principio cardine del sistema accusatorio, quello secondo cui la prova si assume in dibattimento e solo in situazioni particolari e tassativamente elencate al di fuori di questo contesto, con le modalità dell'incidente probatorio.

Nessuno dubita che l'elencazione delle sole prove dichiarative contenuta nel capoverso dell'art. 422 c.p.p. non conduce ad escludere la possibilità che il giudice disponga l'acquisizione di qualsivoglia altro «*mezzo di prova*» che ritenga decisivo per la sentenza di non luogo a procedere, perché tale norma si limita a disciplinare esclusivamente il modo di assunzione di tali prove, mentre il potere del giudice di individuare liberamente le “*prove*” decisive è sancita dall'art. 422 comma 1 c.p.p..

Ai fini dell'assunzione delle prove il Giudice - salva la possibilità di procedere nella stessa udienza - fissa una nuova udienza disponendo la citazione delle persone da esaminare o da interrogare.

Fintanto che non si procede all'assunzione della prova, opera per le parti il divieto di assumere informazioni dai soggetti citati a pena d'inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente ricevute (art. 430 bis comma 1 c.p.p.).

Detto divieto permane fino al momento dell'escussione del soggetto da parte del giudice ed in ogni caso cessa laddove l'audizione non venga ammessa o non abbia luogo (art. 430 *bis* comma 2 c.p.p.).

È il giudice a provvedere direttamente ad esaminare il soggetto citato e solo attraverso le sue domande le parti hanno la possibilità d'interrogarlo o controinterrogarlo.

Questa modalità di assunzione delle dichiarazioni impedisce una loro utilizzabilità in dibattimento (eccettuati i casi di cui all'art. 512 c.p.p.).

Il giudice non può derogare a detto meccanismo optando per l'assunzione della prova nelle forme dell'esame incrociato. Invero solo per l'interrogatorio dell'imputato è previsto che, su richiesta di parte, esso potrà essere svolto con le forme degli artt. 498 e 499 c.p.p..

Inoltre non può dimenticarsi che quella che ci occupa è una forma di un'integrazione probatoria finalizzata all'emissione di una sentenza di non luogo a procedere e, pertanto, nell'ordinarietà dei casi, non dovrebbe seguire una fase dibattimentale, fermandosi all'udienza preliminare il percorso della vicenda processuale.

In secondo luogo solo con l'incidente probatorio, ormai percorribile anche nell'udienza preliminare, si può procedere ad anticipare con il meccanismo del contraddittorio l'assunzione delle prove e non in altri momenti o con altri strumenti.

Sebbene non previsto espressamente è pacifico che l'imputato possa anche rendere spontanee dichiarazioni, in quanto si afferma che la mancata espressa previsione di tale possibilità, a differenza di quanto espresso nell'art. 421 c.p.p. come novellato dalla legge 479/1999, è frutto di un difetto di coordinamento tra le norme e non già di una precisa scelta legislativa, tanto più che non vi è motivo alcuno di privare l'imputato di detta

facoltà proprio nel corso della discussione che segue l'assunzione di una prova già ritenuta dal giudice decisiva per il suo proscioglimento.

Evidentemente non può escludersi – anzi nella prassi si registra con una certa frequenza – che, sebbene la finalità dell'assunzione della prova sia quella di consentire la risoluzione del processo attraverso una sentenza di proscioglimento, il suo esito si riveli contrario e che quello che *ex ante* si riteneva palesemente decisivo ad un proscioglimento, una volta acquisito, si riveli invece elemento che corrobora l'ipotesi accusatoria.

In tal caso il giudice potrà comunque definire l'udienza preliminare con la pronuncia di un decreto di rinvio a giudizio oppure, rivelatasi per effetto dell'integrazione effettuata una lacuna nei temi investigativi, potrà emettere un'ordinanza ai sensi dell'art. 421 *bis* c.p.p..

I maggiori limiti in ordine alla effettiva percorrenza degli strumenti che fin qui abbiamo esaminato, nella prassi sono rilevati nei processi con imputati detenuti o sottoposti a misura cautelare non custodiale, in quanto l'art. 304 c.p.p. non annovera le citate situazioni processuali tra quelle che determinano la sospensione dei termini di durata delle misure.

In tal senso, si è espressa la Corte di Cassazione, seconda sezione, con la sentenza n. 4352 del 14/9/2000 che, seppur riferita specificamente all'art. 422 c.p.p., enuncia un principio chiaramente estensibile alla situazione dell'integrazione investigativa di cui all'art. 421 *bis* c.p.p.: *“In tema di udienza preliminare, l'assunzione delle prove nel contraddittorio delle parti disposta dal giudice ai sensi dell'art. 422, come modificato dalla l. n. 479 del 1999, non rientra nella fase delle indagini preliminari (caratterizzate dalla finalizzazione all'esercizio dell'azione penale, dalla direzione da parte del p.m. e dalla segretezza); ne consegue che non è applicabile, durante tale fase, la proroga della custodia cautelare, attinente soltanto alla fase delle indagini preliminari, né può essere*

ordinata la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, espressamente esclusa in relazione alle esigenze di acquisizione probatoria”.

5. I poteri di controllo del Giudice sull'atto di esercizio dell'azione penale: le modifiche della qualificazione giuridica del fatto e le accuse imprecise.

Le regole che governano la verifica giudiziale sulla completezza dell'indagine e sulle valutazioni che il pubblico ministero compie in merito alle prove ed alla rilevanza del fatto emergente dalle indagini (costruzione del fatto e della sua qualificazione giuridica) hanno posto molteplici problematiche.

Partiamo dalla più semplice.

Ci si chiede che cosa avvenga nel caso di divergenza tra P.M. e giudice a proposito della corrispondenza tra risultanze di fatto e contestazione, quando cioè il giudice ritiene che il fatto sia diverso da quello contestato.

Seguendo l'iter argomentativo della Corte Costituzionale (cfr. sentenza già citata n. 88 del 1994) va detto che l'esigenza di correlazione dell'imputazione alle risultanze degli atti è presente in ogni fase processuale e pertanto dev'essere garantita, ai fini del rispetto del diritto di difesa, anche nell'udienza preliminare.

Si ritiene che il giudice dell'udienza preliminare, qualora il rappresentante della Pubblica Accusa non abbia esercitato la facoltà di modifica dell'accusa, riconosciutagli dall'art. 423 c.p.p., abbia il potere di restituire gli atti al pubblico ministero laddove ritenga che il fatto è diverso da quello iscritto nei capi d'imputazione.

Il giudice dell'udienza preliminare, infatti, si viene a trovare in una situazione del tutto analoga a quella del giudice del dibattimento, giudice al quale l'art. 521 comma 2 c.p.p. riconosce espressamente il potere di trasmissione degli atti al pubblico ministero nel caso in cui abbia accertato che il fatto è diverso da quello formalmente contestato³⁹.

In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione più volte.

³⁹ V. Aprile-Saso, op. cit.

Va segnalata, per tutte, Cass. Sez. 6, Sentenza n. 6838 del 08/01/2004 Cc. (dep. 18/02/2004), che nella massima così recita: *“Non è impugnabile e non è abnorme l'ordinanza con la quale il giudice della udienza preliminare dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero sul presupposto che il fatto sia diverso da quello contestato, ma in realtà dando una diversa qualificazione giuridica del fatto, in quanto tale restituzione non è idonea a creare una stasi processuale, rimanendo il pubblico ministero libero di esercitare l'azione penale, e lo stesso provvedimento rientra nell'ambito delle legittime prerogative del giudice dell'udienza preliminare, che può sollecitare il pubblico ministero ad operare le modifiche ritenute opportune”* (cfr., nello stesso senso, Cass. Sez. IV , 6 luglio 2006 n. 3004).

Occorre, tuttavia, evidenziare che vi sono parecchie pronunce di segno contrario.

In particolare, va richiamata la sentenza della Sez. 2, Sentenza n. 43348 del 12/10/2005 Cc. (dep. 30/11/2005) che ha ritenuto abnorme e, come tale, ricorribile per Cassazione *“il provvedimento di trasmissione degli atti al P.M. per diversità del fatto, ai sensi dell'art. 521, comma secondo, cod. proc. pen., qualora esso sia disposto in assenza di una qualsiasi indicazione in merito agli elementi nuovi che in sede di udienza preliminare possano aver reso necessario modificare l'imputazione formulata nella richiesta di rinvio a giudizio, e si sia in presenza di una mera possibile diversa qualificazione giuridica dei fatti, che non avrebbe potuto legittimare la regressione del procedimento”*.

Nel merito, la pronuncia ha affermato:

a) che rientra nei poteri del giudice rimettere gli atti al pubblico ministero *“perché il fatto è diverso da come è descritto nell'imputazione”*, atteso che la disposizione di cui all'art. 423 cod. proc. pen., riserva al solo pubblico ministero il potere di effettuare la modifica del fatto nell'ipotesi in cui ritiene che sia empiricamente diverso da quello descritto nel capo di imputazione e cioè che i connotati essenziali dell'elemento

materiale non sono quelli che si leggono nell'imputazione (vedi sentenza Corte Cost. n. 88 del 1994);

b) che, fermo restando il potere del Pubblico Ministero di "*modificare il fatto*", essendo la stessa pubblica accusa l'esclusivo *dominus* della fattispecie concreta, rientra però nei poteri del giudice dell'udienza preliminare dare al fatto una diversa qualificazione giuridica essendo tale potere, peraltro normativamente previsto dall'art. 521 cod. proc. pen., espressione di un principio generale, connaturato allo stesso esercizio della giurisdizione (Cass., Sezioni Unite, 19 giugno 1996, Di Francesco);

c) che, infine, deve ritenersi affetto dal vizio di abnormità solo il provvedimento che per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti del tutto avulso dall'intero ordinamento processuale nonché quello che, pur essendo in astratto manifestazione di un legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite (Cass., Sezioni Unite, 24 novembre 1999, Magnon)⁴⁰.

La Corte ha, dunque, sostenuto che rientra nel potere del giudice rimettere gli atti al pubblico ministero per la diversità del fatto mentre la regressione non è consentita per la semplice ritenuta diversa qualificazione giuridica del fatto, rientrando questa nel poterdovere del giudice stesso.

Analogamente al giudice dell'udienza preliminare è consentito ridurre l'imputazione, e cioè configurare un reato diverso da quello contestato purché in quest'ultimo siano contenuti tutti gli elementi costitutivi del primo: in queste ipotesi si passa da una figura più ampia ad una più ristretta, come ad esempio se da un reato complesso si passa ad uno semplice (ad esempio escludendo una circostanza aggravante), ovvero da uno consumato si passa ad uno tentato.

Laddove, invece, emerge un "*fatto nuovo*" l'ipotesi è direttamente disciplinata dall'art. 423 c.p.p. (istituto che meriterebbe una trattazione autonoma).

⁴⁰ Cfr., sulla nozione di abnormità dell'atto anche Sez. Un. n. 5307 del 20.12.2007 - dep. il 01.02.2008

Sotto il profilo pratico molto stimolante e fino a qualche mese fonte di grandi oscillazioni nella giurisprudenza della Suprema Corte era la problematica attinente all'individuazione degli strumenti a disposizione del GUP nel caso di formulazione di una richiesta di rinvio a giudizio per una imputazione non sufficientemente circostanziata.

E' principio essenziale del nostro ordinamento che le parti si confrontino su una imputazione ben delimitata e stabile (salve le procedure normativamente disciplinate di modificazione).

L'obiettivo è perseguito attraverso la sanzione di nullità posta per gli atti introduttivi del giudizio che non contengano alcuni requisiti in ordine all'imputazione⁴¹.

L'art. 417 c.p.p., lett. b), introdotto dalla L. 15 dicembre 1999 n. 479, contempla, tra i requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio, l'enunciazione "*in forma chiara e precisa*" del fatto contestato, senza prevedere, peraltro, alcuna sanzione d'inammissibilità o di nullità per l'ipotesi che l'imputazione non risulti conforme al modello legale.

Dall'esame dei lavori preparatori della citata legge s'evince, infatti, che nel testo finale, venne meno, nonostante l'ampio dibattito svoltosi in Commissione Giustizia, ogni riferimento all'originaria proposta di sanzionare con la nullità la violazione dell'obbligo di enunciazione in forma chiara e precisa dell'imputazione.

Analogo rispetto dei canoni di chiarezza e precisione è inoltre prescritto dall'art. 429 c.p.p., comma 1, lett. c), per la descrizione del fatto contenuta nel decreto che dispone il giudizio (dello stesso tenore è anche l'art. 552 c.p.p., comma 1, lett. c), quanto al decreto di citazione a giudizio).

Ma, in tal caso, l'art. 429 c.p.p., comma 2, sanziona con la nullità del decreto che dispone il giudizio (come fa anche, per il decreto di citazione a giudizio, l'art. 552 c.p.p., comma 2) il difetto di determinatezza o l'insufficienza dell'atto imputativo. Nullità,

⁴¹ V. Guglielmo Leo, op. cit.

questa, annoverata espressamente dall'art. 181 c.p.p., comma 3 tra quelle relative, che vanno eccepite entro il termine previsto dall'art. 491, comma 1, c.p.p., ed al cui accertamento da parte del giudice del dibattimento consegue, ai sensi dell'art. 185, comma 3, c.p.p., l'immediata regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo (Cass., Sez. Un., 10/12/1997, Di Battista).

Ora se il giudice dibattimentale posto di fronte ad una imputazione generica, può “*reagire*” attraverso la dichiarazione di nullità del provvedimento introduttivo del giudizio, altrettanto non è espressamente previsto per il GUP con riferimento alla richiesta di rinvio a giudizio.

Ed invero, pur se il legislatore ha previsto, quale requisito della richiesta di rinvio a giudizio, la specificità delle contestazioni, nessuna sanzione ha correlato all'eventuale violazione di tale prescrizione da parte dell'accusa.

La scelta del legislatore si fonda sull'idea che, prima del rinvio a giudizio, l'imputazione conserva una relativa “*fluidità*”, tanto che la legge consente di proseguire l'udienza preliminare anche quando il fatto risulta diverso da come descritto nell'imputazione.

Ma se l'accusa è imprecisa l'imputato non ha davvero la possibilità di difendersi; in secondo luogo il Giudice non è nelle condizioni di potere valutare se l'impianto accusatorio sottoposto al suo esame è completo o se necessita attività integrativa e, dunque, non è posto in condizione di emettere il provvedimento conclusivo dell'udienza (decreto che dispone il giudizio o sentenza di proscioglimento).

Infine, non va dimenticato che l'udienza preliminare può sfociare anche in una richiesta di giudizio abbreviato, che, essendo un giudizio di merito in senso pieno e proprio, si svolgerebbe su una contestazione evanescente e non suscettibile di modifica neppure in applicazione dell'art. 441 *bis* del codice di rito.

La giurisprudenza, però, ha mostrato una certa resistenza - pur a fronte di indicazioni dottrinali nel senso di ritenere nulla una richiesta di rinvio a giudizio non caratterizzata

da specificità della contestazione - affermando solamente la possibilità che il pubblico ministero precisi l'addebito nel corso dell'udienza.⁴²

La Corte Costituzionale, dal canto suo, ha sostenuto la possibilità per il Gup di sollecitare il Pubblico Ministero ad effettuare l'integrazione o puntualizzazione dell'imputazione attraverso una estensione del dettato dell'art. 423 c.p.p..

Il Giudice delle leggi, infatti, con sentenza n. 88 del 1994, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 424 c.p.p., *"nella parte in cui non prevede che il giudice possa, all'esito dell'udienza preliminare, trasmettere gli atti al Pubblico Ministero per descrivere il fatto diversamente da come ipotizzato nella richiesta di rinvio a giudizio"*.

In particolare, nella pronuncia richiamata i Giudici della Consulta hanno ritenuto utilizzabile, al tal fine, tanto il *"meccanismo di adeguamento delle imputazioni"*, contemplato dall'art. 423 c.p.p., per la diversità del fatto, quanto il ricorso all'*applicazione analogica dell'art. 521, comma 2, c.p.p.*

Con successiva ordinanza (ord. n. 131 del 1995) la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 417 c.p.p., nella parte in cui non prevede alcuna sanzione per la richiesta di rinvio a giudizio difforme dal modello legale, siccome generica nella formulazione del capo d'imputazione e nell'indicazione delle fonti di prova, ribadendo quanto già affermato con la sentenza n. 88 del 1994.

Sul punto, nella pronuncia, viene precisato che non è precluso al giudice dell'udienza preliminare *"sollecitare il pubblico ministero a procedere alle necessarie integrazioni e*

⁴² Cfr.: Cass., Sez. VI, 2 maggio 1992, P.m. in c. Pellegrino, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 292, con nota di Cesari, Modifica dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare; Cass., Sez. VI, 7 luglio 1992, P.m. in c. Nichele, in C.E.D. Cass., n. 191347; Cass., Sez. V, 1 febbraio 1995, Villatico, ivi, n. 200464; Cass., Sez. II, 21 febbraio 1996, Lanzo, in Cass. pen., 1997, 2207; Cass., Sez. I, 8 febbraio 1999, P.m. in c. Adamo, in questa Rivista 1999, 1021, con nota di Di Bitonto, Richiesta di rinvio a giudizio con capi d'imputazione generici; Cass., Sez. I, 20 dicembre 2001, Molè, in C.E.D. Cass., n. 220470; Cass., Sez. I, 8 luglio 2003, P.m. in c. Esposito, ivi, n. 2273835; Vedi anche: Sez. 1, Sentenza n. 28987 del 04/04/2003 Cc. (dep. 08/07/2003) Rv. 227383; P.M. in proc. Esposito ed altri; Sez. 6, Sentenza n. 42011 del 07/10/2004 Cc. (dep. 27/10/2004) Rv. 230384; Imputato: P.M. in proc. Romanelli; Sez. 6, Sentenza n. 48697 del 10/11/2004 Cc. (dep. 18/12/2004) Rv. 230842; Imputato: P.M. in proc. Casamonica ed altri; Sez. 6, Sentenza n. 2567 del 25/11/2004 Cc. (dep. 27/01/2005) Rv. 230883; Imputato: P.M. in proc. Scipioni ed altri).

precisazioni dell'imputazione" inadeguata, anche mediante un provvedimento di trasmissione degli atti che intervenga dopo la chiusura della discussione.

Dopo i menzionati interventi della Corte Costituzionale, due sono stati sostanzialmente gli schemi procedurali, alternativi o talora consecutivi, eletti dai giudici per porre il pubblico ministero in condizione di adeguare l'imputazione contestata in modo generico: uno, "*interno*" alla fase, che si risolve nell'invito o sollecitazione "*interlocutoria*" del giudice al titolare dell'azione penale ad esercitare nell'udienza preliminare i poteri attribuitigli dall'art. 423 c.p.p. per precisare gli estremi del fatto contestato (v., per un caso emblematico, Cass., Sez. 6, 23/10/1992, Piana, rv. 192921 e Sez. 6, 2/3/1998, Romano, rv. 211947); l'altro "*esterno*" alla fase, che consiste nella trasmissione degli atti al Pubblico Ministero all'esito dell'udienza preliminare perché eserciti nuovamente l'azione penale, in applicazione analogica dell'art. 521 c.p.p., comma 2, norma dettata per l'accertamento della diversità del fatto all'esito del dibattimento.

Ed invero, più volte, la Corte di Cassazione ha sostenuto che il giudice possa rivolgere un aperto e formale invito al P.M. affinché si avvalga dei poteri che gli spetterebbero a norma dell'art. 423 c.p.p., sollecitazione in concreto realizzabile anche attraverso un provvedimento di restituzione degli atti, purché finalizzato appunto - esclusivamente - alla nuova formulazione dell'accusa e non inteso quale retrocessione del procedimento ad una fase precedente (v. Cass., Sez. VI, 26 marzo 1998, Romano, in Giust. pen., 1999, III, 592).

Ma, evidentemente queste soluzioni incontrano un grave limite: esse rimettono al P.M. - che ha già formulato in un certo modo l'imputazione, evidentemente ritenendola chiara, precisa e completa - di attivarsi ma non risolvono la problematica nell'eventualità, spesso ricorrente, che l'indicazione del giudice non venga accolta e la contestazione, perciò, resti immutata.

Si è sostenuto – soprattutto in dottrina – che, in tali casi, sarà il giudice dell'udienza preliminare a riscrivere il capo di accusa tenendo conto degli elementi di fatto valorizzati nella richiesta di rinvio a giudizio.

Ma trattasi di una soluzione interpretativa che non ha incontrato il favore della giurisprudenza.

La Corte di Cassazione ha ritenuto abnorme il provvedimento con cui il GUP provvede, di propria iniziativa, ad integrare con proprie precisazioni l'imputazione per la quale dispone il giudizio (Cass., Sez. V, 7 gennaio 1997, Mieli, in Cass. pen., 1998, 608).

Secondo un indirizzo giurisprudenziale la mancata precisazione dell'imputazione da parte del P.M. nel corso dell'udienza preliminare troverebbe la sua sanzione esclusivamente con la sentenza di proscioglimento.

In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale, secondo cui il giudice sarebbe *"obbligato al proscioglimento dall'imputazione così come formalmente contestata, mentre il pubblico ministero dovrà poi procedere ex novo per i fatti realmente emersi"* (Corte Cost. n. 88 del 1994, cit.; nello stesso senso Cass., Sez. I, 8 luglio 2003, P.M. in c. Esposito, cit.)

Ma, in un sistema ad azione penale obbligatoria, non sembra che possa trasformarsi la sentenza di proscioglimento in una sorta di provvedimento sanzionatorio di una imputazione imprecisa o di un'inerzia del P.M..

L'enorme disagio che le soluzioni fin qui prospettate hanno determinato nella prassi applicativa, ha spinto i giudici della Corte di Cassazione a ritenere che: *"Non è abnorme il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare che dichiari la nullità della richiesta di rinvio a giudizio, in virtù dell'imprecisa enunciazione del fatto contestato (ex art. 18 della legge 16 dicembre 1999, n. 479 che ha modificato la formulazione dell'art. 417, lett. b) cod. proc. pen.) disponendo conseguentemente la restituzione degli atti al Pubblico Ministero per quanto di competenza. Rientra, infatti, nei poteri del giudice dell'udienza preliminare verificare l'adempimento, da parte del PM, della*

*prescrizione di legge introdotta con la novella predetta, in ordine alla enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, di guisa che l'esercizio di detto potere, per quanto opinabile nella sua concreta esplicazione, non può comunque ritenersi extra ordinem al punto da determinare l'abnormità del provvedimento*⁴³.

Da ultimo sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che con sentenza n. 5307 del 20.12.2007 - dep. il 01.02.2008) hanno esaminato *funditus* la questione.

Così recita la massima di questa pronuncia: *“E’abnorme, e quindi ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice dell’udienza preliminare disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell’imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla. È invece rituale il provvedimento con cui il medesimo giudice, dopo aver sollecitato il pubblico ministero nel corso dell’udienza preliminare ad integrare l’atto imputativo senza che quest’ultimo abbia adempiuto al dovere di provvedervi, determini la regressione del procedimento onde consentire il nuovo esercizio dell’azione penale in modo aderente alle effettive risultanze d’indagine.*

La Corte ha altresì precisato che in questo caso la restituzione degli atti deve considerarsi legittima in virtù dell’applicazione analogica dell’art. 521, comma 2, cod. proc. pen..

La sentenza realizza un passaggio interpretativo che consente di superare le limitazioni delle precedenti opzioni interpretative.

Per quanto risulta ribadito che permane al Pubblico Ministero il potere di *“materiale d’integrazione e aggiornamento della contestazione indeterminata o generica”*, nel contempo si afferma che non si tratta di *“mera facoltà”* dell’organo dell’Accusa di procedere all’adeguamento richiesto dal giudice, bensì - anche in forza del disposto dell’art. 124 c.p.p., comma 1, sull’obbligo dei magistrati di osservare le norme

⁴³ V. Sez. 1, 5/5/2000, P.M. in proc. Ferrentino, rv. 216422; Sez. 5, 11/7/2001 n. 36009, Di Lorenzo, rv. 220208; Sez. 1, 24/10/2003 n. 1334, Guida, rv. 229513; Sez. 6, 8/1/2004, P.M. in proc. D’Alessandro, rv. 228032; Sez. 5, 20/5/2004 n. 27990, Fraglia, rv. 228684; Sez. 4, 3/6/2004 n. 39472, Scolari, rv. 229572; Sez. 4, 14/10/2005 n. 46271, Statello, rv. 232825.

processuali anche quando la loro inosservanza non importa nullità - di vero e proprio "dovere" di operare, in tal senso, una ridescrizione compiuta ed esaustiva dell'ipotesi accusatoria. Dovere che, se non adempiuto, rischia di inficiare, la corretta enunciazione dell'imputazione nel provvedimento conclusivo che dispone il giudizio, vanificando così la garanzia del filtro rispetto alle imputazioni "azzardate" e che determina la nullità del decreto stesso ex art. 429 c.p.p., comma 2 e la regressione del processo all'udienza preliminare.

Può allora affermarsi che, in via fisiologica, i rimedi per "sanare" l'eventuale discrasia registratasi tra l'imputazione e le emergenze dell'indagine debbano, in linea di principio, essere sperimentati "all'interno" della fase dell'udienza preliminare e che residuale ma doveroso è un epilogo "decisionale in rito" (così lo definiscono le Sezioni Unite), vale a dire l'applicazione analogica dell'art. 521 c.p.p., comma 2.

Altrimenti argomentando, si determinerebbe una sorta di "sudditanza" del giudice nei confronti del pubblico ministero, essendo il primo ad emettere un decreto dispositivo del giudizio recante un'imputazione incompleta o imprecisa, destinato, come tale, ad essere travolto nella fase dibattimentale dalla sanzione di nullità.

La pronuncia è importante perché dalla stessa si traggono indicazioni importanti circa le funzioni di controllo del GUP e l'attuale fisionomia, struttura e funzione dell'udienza preliminare, che da "momento processuale" puro, orientato al mero controllo dell'azione penale promossa dal P.M. in vista dell'apertura della fase del giudizio, si trasforma in momento di valutazione del "merito" circa la consistenza dell'accusa, in base ad una prognosi sulla possibilità di successo nella fase dibattimentale (Cass., Sez. Un., 30/10/2002 n. 39915, Vottari).

In particolare così si legge nella sentenza in esame: ".....se l'udienza preliminare resta connotata da una maggiore fluidità dell'addebito, che si cristallizza solo con il decreto che dispone il giudizio, deve pure convenirsi che l'intervento del giudice per assicurare la costante corrispondenza dell'imputazione a quanto emerge dagli atti costituisca un

atto doveroso e un'esigenza insopprimibile, non solo a garanzia del diritto di difesa dell'imputato e dell'effettività del contraddittorio, ma anche al fine di consentire che il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell'azione penale si svolga in piena autonomia e si concluda eventualmente con una decisione di rinvio a giudizio che, nel fissare il thema decidendum, abbia ad oggetto un'imputazione riscontrabile negli atti processuali e sia supportata da specifiche fonti di prova in ordine ai fatti storici contestati con chiarezza e precisione, anziché un'imputazione priva di concreto contenuto materiale, inidonea a reggere l'urto della verifica preliminare di validità nella fase introduttiva del dibattimento”.

Secondo questo modulo argomentativo il silenzio del legislatore in ordine alle conseguenze di una imputazione generica deriva, quale logico corollario, dal fatto che l'udienza preliminare si configura come il luogo privilegiato di stabilizzazione dell'accusa.

Se così è, risulta evidente il collegamento fra le novellate disposizioni dell'art. 421 *bis* c.p.p. e art. 422 c.p.p., che configurano i poteri di iniziativa probatoria del giudice per rendere effettivo il principio di completezza delle indagini ed evitare situazioni di stallo decisorio, e il successivo art. 423 c.p.p., atteso che l'integrazione della prova è funzionale alla precisazione dell'accusa.

Per contro, l'insufficienza della contestazione condiziona a sua volta la verifica di completezza degli esiti d'indagine.

Anche sul punto chiarissimo è quanto affermato dalle Sezioni Unite: *“S'intende, in altre parole, affermare il principio per cui il giudice dell'udienza preliminare, dal momento della presentazione dell'atto introduttivo fino all'esito della discussione nel confronto dialettico fra le parti, ancor prima dell'adozione dei tipici provvedimenti conclusivi della fase ex art. 424 c.p.p., qualora ravvisi nell'atto di imputazione l'assenza del contenuto minimo indispensabile o la sua imperfezione e inadeguatezza per difetto di chiarezza e precisione dei fatti storici contestati, ha il "potere- dovere" di attivare i*

meccanismi correttivi nel corso dell'attività fisiologica della medesima udienza, rappresentando, con ordinanza motivata e interlocutoria, gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche del vizio d'imputazione e richiedendo espressamente al pubblico ministero di provvedere, di conseguenza, alle opportune precisazioni e integrazioni, secondo il paradigma contestativo dettato dall'art. 423, comma 1, c.p.p.”.

Ed allora, si torna ancora una volta alla funzione di direzione dell'udienza e di garanzia circa la correttezza dell'accusa svolta dal GUP.

La Corte ha precisato che trattasi di un controllo che “*deve esplicitarsi secondo una sequenza razionale*” e secondo un percorso “*virtuoso*”, nel quale la regressione del procedimento viene ricondotta, pertanto, ad evenienza marginale ed eccezionale, prefigurandosi come *extrema ratio*.

Ciò è in perfetta coerenza, d'altra parte, con le esigenze di economia e di “ragionevole durata” del processo, le quali, pure nel corretto temperamento fra il valore dell'efficienza e le garanzie del “giusto processo”, entrambi presi in considerazione dal novellato art. 111 Cost., pretendono comunque la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo e, con essa, l'effettività della giurisdizione penale a fronte delle legittime aspettative della collettività di fronte al delitto.

Infine, non guasta il riferimento al progetto “Riccio” di legge delega per il nuovo codice di procedura penale, presentato al Ministro della Giustizia il 19 dicembre 2007, che propone un'analoga disciplina “endofasica” delle modalità di controllo del giudice dell'udienza di conclusione delle indagini (fase che, nello schema di progetto, sostituisce quella dell'udienza preliminare) sui contenuti imputativi della richiesta di rinvio a giudizio.

La direttiva 66.6 del progetto definitivo espressamente prevede “*la restituzione degli atti al pubblico ministero se risulta, nel corso dell'udienza, che il fatto non è enunciato in forma chiara e precisa o risulta diverso da come contestato*”; ma, preliminare è il “*dovere del giudice, prima di ordinare la restituzione degli atti, di invitare il pubblico*”

ministero alla precisazione o alla modifica dell'imputazione"; nell'ipotesi in cui ciò avvenga è prevista la "concessione di un termine a difesa" e la "notificazione...del verbale contenente la contestazione come riformulata, con avviso della data della nuova udienza".

Anche nel progetto riformatore, dunque, oltre ad essere escluso l'annullamento della richiesta di rinvio a giudizio, è previsto un meccanismo di restituzione degli atti al pubblico ministero che opera solo *"all'interno"* della fase, senza regressione del procedimento.

E nella relazione accompagnatoria (p. 98) si evidenzia, a proposito delle vicende dell'imputazione, come *"la convinzione che il vizio di imputazione costituisca scorretto esercizio dell'azione penale autorizza il giudice alla restituzione degli atti al pubblico ministero"*, precisandosi tuttavia che *"esigenze di economia processuale e la natura della sede consentono un potere sollecitatorio del giudice al pubblico ministero, che non inficia assolutamente la libertà operativa del magistrato di accusa nè riduce le garanzie per l'imputato ..."*.

Brevi considerazioni conclusive

Traendo le fila di quanto fin qui espresso – svolgendo le funzioni di GUP – mi sento di potere affermare con forza che l'impianto attuale del sistema processuale nella parte che abbiamo esaminato, come riformato dalla novella del 1999, oltre che in ragione delle pronunce della Corte Costituzionale che ho ricordato e di altre che ragioni di sintesi non mi hanno permesso di richiamare, attribuisce al GIP ed al GUP ampi ed incisivi poteri integrativi a fini di controllo.

Si tratta di un controllo che svolge una duplice ed essenziale funzione di garanzia, in quanto da un lato consente il rispetto dei principi di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e di uguaglianza di tutti i cittadini dinnanzi alla legge ed ancora il

diritto dell'indagato a non subire inutili e defatiganti processi nel contempo assicurando una tutela effettiva della collettività circa i rischi di inazioni o di esercizio solo apparente di azioni, quale in passato si registrava.

Non dobbiamo dimenticare che il processo penale è e deve continuare ad essere uno strumento di garanzia per tutti i cittadini e deve condurre ad una decisione il più corretta possibile, non solo sul piano formale, ma anche sotto il profilo sostanziale.

Ed allora, nel concludere questo intervento mi pare che la figura del GIP-GUP emerge quale quella di un giudice polifunzionale che si pone ora come giudice garante dei diritti fondamentali, ora come garante della speditezza del procedimento ora come garante della obbligatorietà dell'azione penale e, nel contempo, quale giudice preposto all'assunzione anticipata della prova, alla verifica dei risultati delle indagini preliminari, quale giudice competente a decidere nel merito taluni procedimenti speciali.

Inoltre, mi pare che si possa affermare che l'udienza preliminare, pur non essendo più una fase preposta a valutazioni di tipo meramente processuale, non si è certo trasformata in una fase avente ad oggetto il merito della "res iudicanda".

Essa rappresenta il momento processuale di raccordo tra la fase delle indagini preliminari - preposta alla ricerca e all'acquisizione delle "fonti di prova" - e la fase dibattimentale, deputata elettivamente alla formazione orale delle prove su impulso delle parti e in contraddittorio delle stesse, alla presenza di un organo giudicante terzo.

Né tale configurazione, a mio avviso, risulta inficiata dai poteri di integrazione e controllo che sono concessi al GUP dall'art. 422 e, in primis, dall'art. 421 bis c.p.p..

A conforto di tale conclusione, ricordo che l'unico strumento con il quale può assumersi una prova in senso tecnico nel corso delle indagini preliminari (e dell'udienza preliminare) è l'incidente probatorio.

In proposito, vale la pena di ricordare che lo stesso Legislatore delegante del 1987 non poteva eludere il problema, già in passato evidenziato, *«della possibile dispersione*

durante le indagini preliminari di prove la cui acquisizione, per vari motivi, non sia rinviabile al dibattimento»⁴⁴.

Da qui la previsione - nella direttiva 40 della legge delega del 1987- dell'istituto dell'incidente probatorio, costruito in termini di meccanismo eccezionale cui far ricorso, in virtù del principio della non dispersione dei mezzi di prova - nei casi in cui vi sia la necessità di acquisire mezzi di prova in un momento anticipato rispetto a quello dibattimentale.

L'argomento è molto complesso ed articolato e merita un approfondimento autonomo.

Qui mi preme esclusivamente ricordare che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 77 del 23-2/10-3-1994, è stata estesa la possibilità di esperire l'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare.

La *ratio* dell'intervento del Giudice delle Leggi si spiega alla luce della funzione propria dell'incidente probatorio che è quella di evitare che – per una delle evenienze indicate dall'art. 392 c.p.p. – la prova che dovrebbe assumersi nel dibattimento venga irrimediabilmente perduta.

E' un'esigenza che concerne il diritto alla prova tanto del pubblico ministero che dell'imputato.

Ma è evidente che non viene a snaturarsi la natura di questa udienza, essendo l'incidente probatorio una fase del tutto eventuale, attivabile su richiesta delle parti e, per espressa previsione normativa (art. 34, comma 2 *quater* c.p.p.) non determina incompatibilità.

Dott.ssa Adriana Piras
G.I.P. Tribunale di Palermo

⁴⁴ V.Relazione Martinazzoli-Sabatini al d.d.l. n. 691 del 21/10/1983, direttiva 40, Camera dei Deputati.