

LA VALUTAZIONE DEI FATTI AI FINI DELL'ARCHIVIAZIONE OVVERO DELL'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE: POTERI E RESPONSABILITÀ DEL PUBBLICO MINISTERO^(*)

di Siro De Flammineis

La riforma Cartabia ha riguardato diversi aspetti delle indagini preliminari e dunque dei poteri e degli strumenti messi a disposizione del pubblico ministero. È necessaria una lettura congiunta di tali modifiche per afferrarne il senso comune e per comprendere i nuovi spazi di manovra concessi alle determinazioni discrezionali dell'organo di accusa. Ad un aumento di poteri corrisponde un nuovo ambito di responsabilità che richiede al p.m. un utilizzo adeguato dei "nuovi" criteri di giudizio ai fini di una selezione dei casi meritevoli di processo. Si impone, dunque, non solo uno sforzo interpretativo verso la modernità ma anche un ripensamento culturale volto alla gestione della macchina del procedimento penale in chiave di efficienza, nel rispetto dei principi e valori costituzionali.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La notizia di reato, l'iscrizione dell'indagato. – 3. La procedibilità a querela. – 4. I criteri di definizione delle indagini preliminari. – 4.1. La particolare tenuità del fatto. – 4.2. La ragionevole previsione di condanna. – 4.3. I criteri di priorità. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Per una completa analisi di tutti gli aspetti che devono essere oggetto di valutazione da parte del pubblico ministero ai fini della scelta relativa all'esercizio dell'azione penale piuttosto che dell'archiviazione di un procedimento, alla luce dei diversi interventi di modifica operati dalla c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022), occorre tracciare un filo rosso che parte dal momento della costruzione e dell'arrivo della notizia di reato negli uffici di Procura, attraversa le indagini preliminari e giunge fino al momento delle considerazioni finali. In altri termini, per cogliere appieno ed in modo adeguato lo spirito della riforma si deve procedere ad un'analisi non frammentaria ed isolata dei singoli interventi normativi nel settore delle indagini preliminari ma cercare di estrarre da essi il senso di fondo che effettivamente lega ogni tassello. La lettura congiunta di tutti gli aspetti della novella lueggia l'analisi e ne garantisce il valore ermeneutico.

^(*) Il presente contributo rielabora il testo della relazione tenuta dall'Autore presso la Scuola Superiore della Magistratura il 14 aprile 2023. Si ringrazia la Scuola per l'autorizzazione alla sua pubblicazione su questa Rivista.

Questo approfondimento, avendo ad oggetto la fase delle indagini preliminari, interessa principalmente il pubblico ministero, anche onorario, che è chiamato al coordinamento di tale fase ed a prendere una posizione circa l'esercizio o meno dell'azione penale. Non tutti gli uffici di Procura prevedono nella propria organizzazione (*id est* nel documento organizzativo) l'affidamento ad un gruppo di viceprocuratori onorari della gestione e definizione delle indagini relative a singoli procedimenti penali; negli uffici di medie e grandi dimensioni ciò accade al fine di affidare al gruppo così costituito la cura di vicende relative ad alcune categorie di reati, quelle di competenza del Giudice di pace e non solo¹. Dunque, in tali casi i viceprocuratori onorari sono chiamati alla conduzione delle indagini e ad effettuare ogni valutazione necessaria sul quadro probatorio che matura al termine di esse, oggi anche alla luce delle innovazioni introdotte dalla riforma.

In verità, l'analisi che si propone appare interessare anche la fase della gestione e partecipazione alle udienze e, dunque, potersi rivolgere anche al pubblico ministero ed al viceprocuratore onorario che curano tale fase. Effettivamente, come meglio si potrà descrivere in seguito, le valutazioni che il pubblico ministero effettua nel corso delle indagini sin dal momento dell'arrivo della notizia di reato (o comunque di fatti che richiedono una valutazione in termini di fattispecie di reato o meno) e fino alla conclusione delle stesse, si riverberano sulla fase prettamente processuale posto che l'esito delle indagini costituisce il *thema* del processo. Ed allora, le scelte operate dal p.m. per la definizione del procedimento indirizzano inevitabilmente le considerazioni dell'organo di accusa che interviene nel processo, non soltanto, per certo, quanto alla valutazione positiva dell'apparato probatorio raggiunto effettuata ai fini di una prognosi favorevole di condanna ma anche, per esempio, in ordine alle scelte adottate sul momento di iscrizione della notizia di reato, del nominativo degli indagati, sull'esito delle perquisizioni effettuate ed in generale su tutte le decisioni prese nel corso delle investigazioni.

2. La notizia di reato, l'iscrizione dell'indagato.

Ebbene, il "nuovo" ruolo disegnato per il p.m. dal d.lgs. n. 150 del 2022 si definisce sin dal momento della formazione della notizia di reato, del suo arrivo presso gli uffici di Procura e, dunque, della sua iscrizione.

Così, per vero, già la Polizia giudiziaria nella raccolta della notizia di reato deve tener conto del nuovo dettato dell'art. 335 c.p.p., secondo cui la notizia deve consistere in una rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile; non potrà più essere sufficiente dunque, al fine di integrare una notizia di reato suscettibile di essere iscritta in un procedimento penale a carico di ignoti o di persone note, la raccolta di un insieme di argomenti logici o logico-tecnici privi di un supporto oggettivo fattuale (anche in

¹ Solitamente si tratta dei reati in materia di guida in stato di ebrezza ed in generale dei reati che solitamente si definiscono mediante decreto penale di condanna.

previsione del criterio di giudizio finale per cui la ragionevolezza esclude la rilevanza di mere congetture o ipotesi).

La precisione e determinatezza dei fatti suscettibili di iscrizione, che quindi devono essere delimitati nello spazio e nel tempo (vds. anche artt. 332 e 347 c.p.p.) dovrebbe allora indurre il p.m. ad evitare iscrizioni di mera garanzia, ovvero, ad esempio, iscrizioni di lamentele sull'esito di giudizi e altri procedimenti prive di qualsivoglia riscontro o appiglio nella realtà².

La precisa definizione della notizia di reato contenuti nell'art. 335, co.1, c.p.p. ed i richiami all'esigenza di un fatto, ai requisiti di determinatezza e non inverosimiglianza ed il riferimento ad una fattispecie incriminatrice, evidenzia un chiaro aggancio normativo al principio costituzionale di legalità (con i corollari di determinatezza, precisione e tassatività) che, quindi, non si riferisce esclusivamente alla parte sostanziale del diritto penale ma entra pienamente all'interno del procedimento per rimarcare le esigenze di garanzia che devono essere protette anche dalle norme processuali. Tali esigenze vengono salvaguardate, infatti, se sin dall'origine il procedimento ha ad oggetto fatti verificabili empiricamente, poiché agganciati a fattispecie che potrebbero poi sfociare nei capi d'imputazione³.

La qualità della notizia di reato diventa un tassello fondamentale nella trama del procedimento penale nell'ottica dell'efficienza e della selezione dei fatti penalmente rilevanti, per i quali è giusto e corretto il dispendio delle risorse investigative ed economiche. A tal fine diventa importante che la Polizia giudiziaria sia adeguatamente indirizzata in modo che la stessa, salvi i casi di particolare urgenza ed emergenza, sia portata a formare una notizia di reato il più completa ed esaustiva possibile, valorizzando così il criterio temporale previsto dal codice di rito per cui la stessa va trasmessa "senza ritardo" in Procura (art. 347 c.p.p.), ovvero nei tempi che possono consentire di completarne al meglio la formazione, senza inutili dilazioni ma anche senza un termine certo e predeterminato. Tali considerazioni appaiono a maggior ragione oggi valide attesa la nuova disciplina sui tempi dell'indagine e sui relativi controlli: il deposito di una notizia di reato sufficientemente completa nelle acquisizioni probatorie può rimediare allo spreco relativo ai tempi morti che intercorrono tra lo stesso deposito e l'iscrizione del fascicolo (che possono essere anche di diversi giorni specie negli uffici di maggiori dimensioni)⁴ se il p.m., una volta assunto il coordinamento

² Sul tema dell'iscrizione delle notizie di reato e dei nominativi degli indagati, che rappresenta un'attività di discrezionalità tecnica del p.m., si veda, in giurisprudenza, Cass., SS.UU., sent. n. 40538 del 24 settembre 2009, Rv. 244378.

³ Sull'argomento, di recente, C. CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 142 ss.; D. CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. SPANCHER, Pisa, 2022, pp. 35 ss.; A. MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, pp. 1570 ss. Inoltre, sull'argomento, R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012.

⁴ Anche in questo caso la locuzione "immediatamente" prevista dall'art. 335 c.p. non contiene dei riferimenti temporali certi e quindi consente spazi di approfondimento valutativo.

investigativo, non è chiamato a richiedere atti d'indagine per completare ulteriormente il quadro probatorio che poteva già essere integrato dall'origine.

Ed ancora, la nuova norma ribadisce il *potere* tecnico-valutativo del p.m. di selezionare i fatti determinati e non inverosimili che meritano di essere iscritti nell'ambito di un procedimento penale rimettendo, invece, alle iscrizioni nell'alveo dei procedimenti amministrativi (cc.dd. modelli 45 o K) i fatti che ancora non hanno quelle caratteristiche di consistenza. Tale norma dunque dando un potere *ex lege* al p.m. di verifica preliminare dei fatti che giungono in Procura automaticamente gli riversa una *responsabilità* di scelta, che influirà poi su tutto l'andamento delle indagini e soprattutto su tempi di esse, posto che, valutato il fatto come determinato e non inverosimile e, dunque, iscritta la notizia, verrà aperto un procedimento penale con tutte le sue conseguenze.

Medesime considerazioni devono farsi con riferimento al secondo tassello di questo percorso argomentativo: l'iscrizione del nome di una o più persone nel registro degli indagati. Anche in questo settore la riforma ha innovato prevedendo all'art. 335, co. 1bis, c.p.p. la necessità che vi siano indizi a carico di tale persona; tali vanno intesi, per giurisprudenza costante, quali tracce indicative di un percorso logico-argomentativo suscettibile di diversi scenari che non possono essere qualificate in termini di certezza rispetto al fatto da provare, ma che si distinguono dai sospetti e dalle mere ipotesi sganciate da elementi fattuali ed insuscettibili di verifica empirica⁵. La riforma ha dunque inteso precisare l'ambito giuridico entro il quale procedere con l'iscrizione di una persona nel registro degli indagati, in modo da scongiurare anche in questo caso iscrizioni di garanzia in presenza di meri sospetti e congetture a carico di alcuno. Benché il p.m. dovrà comunque valutare caso per caso la presenza di tracce indiziarie a carico di qualcuno, in ogni caso con la norma indicata anche in questo caso si è attribuito alla Procura un esplicito potere di vaglio, di scelta, di selezione dei casi in cui riferire un fatto ad un soggetto durante le indagini preliminari. Un maggior potere cui, come già detto con riferimento alla notizia di reato, corrisponde una maggiore responsabilità, quella di ponderare le iscrizioni prendendosi anche il giusto tempo a ciò necessario.

In effetti, la scelta del momento in cui iscrivere il nome di una persona nell'apposito registro risulta complesso nei casi investigativi più intricati, quali quelli usualmente in tema di responsabilità sanitaria⁶, ovvero in materia di stupefacenti ovvero in tutti i casi vi siano attività investigative che richiedono l'utilizzo di più mezzi di ricerca della prova, anche di tipo tecnico, come le intercettazioni. In tutti questi casi dal legislatore proviene una chiara richiesta alla Procura di ponderazione nelle scelte di iscrizione, di utilizzo di un giusto spazio valutativo che consenta di enucleare tracce indiziarie.

⁵ In giurisprudenza in tal senso si vedano, tra le altre, Cass. sez. II, sent. n. 14704 del 22 aprile 2020, Rv. 279408; secondo Cass., sez. V, sent. n. 5209 del 11 dicembre 2020, Rv. 280408 gli "indizi", suscettibili di valutazione ai sensi dell'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., "sono elementi di fatto noti dai quali desumere, in via inferenziale, il fatto ignoto da provare sulla base di regole scientifiche ovvero di massime di esperienza".

⁶ Sul punto si veda P. PIRAS, [La riforma Cartabia per prevenire la "sindrome clinico-giudiziaria". A proposito d'indizi e d'iscrizione nel registro degli indagati](#), in questa Rivista, 8 febbraio 2023.

Contemporaneamente però, sempre nel solco della responsabilità sopra descritta, la previsione normativa in esame, letta unitamente alla nuova procedura di controllo delle iscrizioni in cui è previsto l'intervento del Giudice per le indagini preliminari (il nuovo art. 335^{quater} c.p.p.), comporta che in presenza di chiari indizi di colpevolezza il p.m. non può optare per una iscrizione procrastinata nel tempo delle persone indiziate, ad esempio al momento in cui la Polizia giudiziaria conclude le indagini con informative riepilogative, ma deve agganciare tali iscrizioni al momento esatto della presenza, emersione e rappresentazione da parte della stessa P.g. degli elementi indiziari a carico del soggetto individuato (eventualmente anche attraverso iscrizioni retroattive). Pertanto, accanto ad un onere di ponderazione la novella individua anche un onere di tempestività, a garanzia del corretto rispetto dei termini delle indagini e, dunque, a tutela del cittadino indagato. Come detto, però, nei casi concreti tale onere di tempestività confligge con la conduzione di indagini complesse, che coinvolgono numerosi indagati, con attività tecniche in corso e dove, cioè, la tempestività della risposta investigativa, necessaria per le acquisizioni probatorie rispetto ai reati per cui si procede potrebbe confliggere con l'opposta esigenza di adeguata ponderazione nella scelta dell'iscrizione del nominativo della persona. A questo proposito, in ogni caso, il potere di iscrizione retroattiva potrebbe essere in grado di scongiurare eventuali discrasie temporali nell'iscrizione, suscettibili di essere fatte valere in giudizio da parte dell'indagato.

Una volta avviate le indagini con l'iscrizione della notizia di reato ed eventualmente del nominativo di un soggetto, si possono segnalare gli ulteriori tasselli di questa trattazione sinottica.

3. La procedibilità a querela.

In effetti, un ulteriore elemento di analisi che arricchisce la riflessione circa il nuovo spazio di responsabilità del p.m. nella conduzione delle indagini riguarda la trasformazione della procedibilità di diverse fattispecie di reato da quella di ufficio alla necessità della querela del privato. Senza incedere sui diversi profili di critica che sono stati mossi in sede di commento sulle scelte operate dal legislatore delle fattispecie di reato oggetto di modifica⁷, senz'altro il segnale inviato è stato chiaro. Con questo cambiamento, infatti, si è voluta valorizzare una doppia responsabilizzazione, da un lato quella del p.m. e dall'altro quella del privato.

Quanto al primo aspetto pare delinearsi un richiamo di attenzione nei confronti degli uffici di Procura che si indirizza verso un duplice fronte: per un verso appare richiamarsi l'attenzione del p.m. sull'importanza di stimolare, acquisendo le relative dichiarazioni, i privati a proporre la necessaria querela quanto meno per i fatti più gravi

⁷ Si veda G.L. GATTA, [L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l.n. 199/2022](#), in questa Rivista, 2 gennaio 2023; G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, pp. 63 ss.; sul tema anche F. PALAZZO, *Querela e strategie deflattive*, in *Giust. it.*, 2021, p. 984.

e delicati. Laddove cioè il disvalore del fatto pare non limitarsi all'esclusiva lesione di un interesse privatistico ma riguardare interessi di più ampia portata: si pensi alle ipotesi di sequestro di persona o ancora ai casi di violazione di domicilio, dove la violenza sulle cose riguarda edifici condominiali o comunque beni di proprietà comune a più persone. Per altro verso, la novella sensibilizza il p.m. a porre le adeguate attenzioni nel corso del procedimento penale qualora un privato abbia con la querela manifestato il proprio interesse al perseguimento del fatto. Tale sensibilità può esprimersi, ad esempio, al momento della scelta di definizione del procedimento con un accordo sull'applicazione della pena con l'indagato ex art. 444 c.p.p. In tale contesto pertanto diventa centrale valutare (o richiedere che vengano adottate) le condotte riparatorie poste in essere dall'indagato nei confronti della parte offesa querelante e l'eventuale soddisfazione o meno di quest'ultima.

Preme tuttavia evidenziare sotto quest'ultimo profilo che l'esclusione, tra gli elementi che trasformano la procedibilità di alcuni reati da quella mediante querela a quella d'ufficio, dell'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 61 n.7 c.p. (come invece in senso diametralmente opposto era prima previsto nell'art. 649bis c.p. dopo la modifica recentissima del 2019), provoca alcune perplessità in ordine al possibile soddisfacimento delle pretese privatistiche in presenza, per l'appunto, di danni patrimoniali rilevanti. In altri termini, potrebbe rivelarsi particolarmente difficile richiedere ed ottenere dall'indagato riparazioni idonee a soddisfare le richieste della parte querelante qualora il danno patrimoniale provocato sia rilevante.

Venendo al secondo profilo di responsabilizzazione sopra indicato, quello rivolto al privato, la novella senza dubbio induce la parte privata querelante a curare più fattivamente l'interesse manifestato con l'atto di procedibilità per tutto il corso delle indagini preliminari. Questo aspetto, che meglio si potrà approfondire al momento dell'analisi sui criteri di scelta rimessi al p.m. per la definizione del procedimento penale, pare davvero assumere oggi un rilievo centrale.

In effetti, aldilà dell'aumento degli oneri a carico del querelante strettamente legati alla sua presenza nel procedimento, quali quelli relativi all'elezione del domicilio ovvero all'aumento delle ipotesi di remissione tacita della querela, la novella relativa alla procedibilità di diversi reati deve essere letta congiuntamente al nuovo criterio di definizione previsto dall'art. 408 c.p.p., che si incentra nella formula "ragionevole previsione di condanna". Si può quindi sin da subito dire che tale valutazione di ragionevolezza che deve operare il p.m. matura anche grazie al supporto che il soggetto portatore di un interesse privato oggi è tenuto a portare al quadro probatorio in fase d'indagine. Traendo un senso comune dalla lettura congiunta delle previsioni normative richiamate, infatti, si impone di ritenere oggi l'esistenza di un maggiore potere/dovere del privato querelante di partecipazione attiva al procedimento penale, per scongiurare per quanto possibile l'indebolimento del quadro probatorio e quindi la gemmazione di elementi di dubbio tali da far sfiorire eventuali giudizi positivi sulla ragionevolezza della prognosi di condanna. Come meglio si dirà a breve, non può che corrispondere ad una forte discrezionalità tecnica del p.m. nel giudizio prognostico che esclude, allo stato degli atti, profili di dubbio circa una prognosi di condanna fondata sulle evidenze raccolte, un preciso onere per il querelante che ha dato avvio al procedimento di disinnescare con

propri apporti probatori l'emergere di tali profili di incertezza o, meglio, di irragionevolezza.

Quanto detto, peraltro, fa anche il pari con un corrispondente maggior potere da parte dell'indagato di innescare, alimentare dubbi sulla consistenza del quadro probatorio raccolto o in fase di raccolta nel corso delle indagini. Si pensi alle ipotesi di vicende investigative che involgono fatti di natura tecnica e che, quindi, spesso richiedono l'ausilio di esperti professionisti della singola materia. Ebbene, in queste ipotesi, ad esempio, pare essere accresciuto l'onere per la parte offesa e per l'indagato di partecipare attivamente all'accertamento tecnico previsto, con propri apporti di parte, in modo da arricchire l'ambito valutativo dell'esperto chiamato ad intervenire, il quale possa, quindi, determinarsi in maniera più chiara possibile esprimendosi in termini di esito dubitativo dell'analisi ovvero di esito certo o pressoché certo.

Più in generale, e venendo conseguentemente al passaggio successivo del ragionamento condotto fin qui, a seguito della riforma, oggi parte offesa ed indagato sono maggiormente chiamati rispettivamente a districare ovvero a provocare eventuali profili di contraddittorietà tra gli elementi di prova raccolti nelle indagini, quali ad esempio, tra tutti, le dichiarazioni tra i testi ovvero le considerazioni tecniche di esperti.

In questa ottica, allora, anche le modifiche intervenute con la riforma Cartabia sulla disciplina delle indagini difensive paiono uniformarsi al significato da attribuire all'intero impianto di novella: tale attività difensiva pare assumere oggi un ruolo maggiormente determinante nella prospettiva di sciogliere il maggior numero di nodi probatori ed interpretativi possibili sin dalla fase delle indagini, aiutando il p.m. a considerare ogni possibile alternativa al giudizio, per evitare inutili e dannosi dibattimenti.

4. I criteri di definizione delle indagini preliminari.

4.1. La particolare tenuità del fatto.

Oltre ai binari finora tracciati circa l'effetto di responsabilizzazione generato dalla riforma per il ruolo di tutte le parti processuali, l'immaginario filo rosso che si intende tracciare si compone in chiusura con gli ultimi tasselli del ragionamento, quelli relativi ai criteri di scelta per la definizione del procedimento penale, che possono dividersi in interni o esterni a seconda che si riferiscano a strumenti tecnici di tipo strettamente processuale ovvero a fattori estrinseci alle regole processuali⁸.

I criteri interni al giudizio sono individuabili principalmente nell'istituto della particolare tenuità del fatto, disciplinato dall'art. 131*bis* c.p., oggi novellato dalla riforma, e nella formula della ragionevole previsione di condanna di cui all'art. 408 c.p., come oggi modificato. Si tratta per entrambi di criteri interni perché afferiscono propriamente

⁸ In tal senso vds. F. DI VIZIO, [L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del P.N.R.R. La procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali](#), in *Questione Giustizia*, 13 ottobre 2021.

alle valutazioni del merito della vicenda procedimentale, ovvero si attagliano all'insieme di fatti ed elementi emersi nel corso delle indagini che compongono l'apparato probatorio che il p.m. deve infine giudicare per determinarsi.

Con riguardo al criterio della tenuità la novella ha sensibilmente esteso la portata della norma, prevedendo una soglia di applicabilità che non riguarda più il massimo edittale ma il minimo edittale delle fattispecie di reato, individuato nella pena detentiva non superiore nel minimo a due anni⁹. La norma poi oggi contiene ai commi 2 e 3 delle previsioni *ex lege* di esclusione dell'applicabilità che riguardano, nella prima disposizione, casi di modalità dell'azione particolarmente offensivi, e la seconda un elenco tassativo di reati ostativi¹⁰.

Ciò che più preme sottolineare in questa sede ai fini del discorso fin qui avanzato, riguarda però un importante modifica contenuta nel primo comma dell'art. 131*bis* c.p., in grado di incidere profondamente sui ragionamenti circa la stessa qualificazione giuridica dell'istituto.

In effetti, fino ad oggi il contesto applicativo della norma ha scarsamente considerato l'evidente discrasia esistente tra il riferimento alla particolare tenuità del "fatto" contenuto nella rubrica e la particolare tenuità dell'"offesa" indicata nel contenuto del primo comma della norma in questione. Guardando principalmente a quest'ultimo riferimento, infatti, il richiamo all'istituto nelle motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali ha finora per lo più invocato la dimensione offensiva della vicenda, evidenziandone appunto la scarsa offensività ed il basso disvalore. L'attenzione prevalente sul tipo di offesa generato dalla fattispecie ha portato correttamente a considerare la norma come contraltare del principio costituzionale di offensività e sussidiarietà, concentrando l'analisi svolta attraverso la lente dell'art. 131*bis* c.p. sul carattere sostanziale del fatto. Dunque, guardando la natura sostanziale della norma (vista anche la sua collocazione all'interno del codice penale e non del codice di rito) si è inteso qualificare l'istituto come causa di non punibilità derivante dalla scarsa offensività della fattispecie consumata (o tentata)¹¹: la soglia di analisi della vicenda si

⁹ Che potrebbe consentire l'applicazione dell'istituto a fattispecie di delitti tentati che hanno una pena minima fino ai sei anni, sul punto Cass., sez. V, sent. n. 17348 del 19 aprile 2019, Rv. 276629.

¹⁰ Su quest'ultima previsione e sulle osservazioni critiche mosse dalla dottrina (si pensi al caso dell'esclusione nell'elenco tassativo dei reati ostativi dell'autoriciclaggio), D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, pp. 54 e ss. Inoltre, non è stato inserito nell'elenco dei reati ostativi l'art. 640*bis* c.p. che, unitamente alle fattispecie di cui agli artt. 316*bis* e 316*ter* c.p. costituiscono l'apparato difensivo e sanzionatorio che maggiormente dovrebbe essere messo in campo nei casi di acquisizione e gestione illecita dei fondi P.N.R.R.

¹¹ Si veda in tal senso, per una qualificazione della clausola come causa di non punibilità prettamente soggettiva (dunque, ad esempio, non estendibile all'eventuale concorrente nel reato) G. AMARELLI, [La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità](#), in *Discrimen*, 14 dicembre 2018, pp. 6 e ss.; ID., *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, Napoli, 2017, pp. 393 ss.; ID., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131bis c.p.*, in *St. iur.*, 2015, pp. 968 ss. Per la natura oggettiva C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*. Roma, 2015. Sul tema, ancora, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per*

arresta così al momento della produzione del disvalore (sia per i reati consumati che per quelli tentati), senza considerare eventualmente qualsivoglia elemento emerso dopo la realizzazione dell'offesa.

Ebbene, come si diceva, la novella ha introdotto nel comma primo dell'art. 131bis c.p. il riferimento alla considerazione “*della condotta susseguente al reato*”, indicando al valutatore di porre la propria attenzione non solo a tutto ciò che è accaduto prima dell'offesa e con l'offesa del bene giuridico ma anche ad ogni fattore emerso dopo l'offesa¹². Invero, nella relazione illustrativa al decreto legislativo che ha introdotto la riforma si afferma che la condotta susseguente al reato, richiamata nella novella dell'art. 131bis c.p., “non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, bensì, secondo l'intenzione della legge delega, quale criterio che, nell'ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla misurazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità”¹³. Nelle intenzioni del legislatore, dunque, sembrerebbe comunque che il riferimento ai comportamenti successivi al reato vengano agganciati all'offesa ovvero ad una valutazione sostanziale sul grado di offensività del fatto. Tuttavia, a ben vedere e calando in concreto gli effetti e le conseguenze di tale riforma dovrebbero farsi delle considerazioni interpretative ulteriori. Sì perché quando si allarga lo spettro valutativo per l'interprete del singolo caso giuridico anche a fattori esterni rispetto alla consumazione del reato ed a ciò che attiene l'offesa in sé del bene giuridico per come già realizzata, si inseriscono parametri più propriamente di tipo procedimentale. Dunque, delle due l'una: o si estende la portata dell'offensività anche ad elementi esterni all'offesa processualizzando tale principio ovvero si ritiene che nella valutazione richiesta *ex art. 131bis c.p.p.* il riferimento ad elementi estrinseci all'offesa in senso stretto hanno a che vedere con il fatto inteso in senso ampio, in cui si inseriscono parametri tipicamente attinenti alle scelte sul bisogno punitivo, cioè sulla pena, alla stregua di quanto ad esempio avviene nell'ambito dell'art. 62, n.6, c.p.¹⁴.

In altri termini, sembra che la novella conduca ad inclinare il pendolo dell'accertamento sul fatto in senso ampio anziché su quello dell'offesa consumata (o tentata), mettendo in risalto tale aspetto per come sin dall'origine inserito nella rubrica della norma. Un fatto, cioè, che ha a che fare non solo con i momenti antecedenti e coevi alla realizzazione dell'aggressione al bene giuridico ma anche alle eventuali condotte susseguenti ad essa poste in essere dall'indagato. Dunque, la riforma pone l'accento su un concetto di fatto ampio, comprensivo di più fattori, che supera una dimensione

particolare tenuità del fatto, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 660; R. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 459 ss. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2020; ID., *L'esiguità dell'illecito penale: profili generali introduttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 889 ss.; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 36 ss.

¹² Su tale elemento, per un ampio studio dottrinale, G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965.

¹³ Cfr. *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022*, n G.U., *Serie generale*, n.245, 19 ottobre 2022, p. 517.

¹⁴ Sulla distinzione tra elementi costitutivi del fatto e circostanze del reato quali elementi accessori ed accidentali del fatto che investono la pena da applicare al caso concreto F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, pp. 416 ss.; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988.

strettamente sostanziale legata all'offesa provocata dalla fattispecie e acquista probabilmente una dimensione più processuale ovvero che include componenti esterni alla stretta consumazione del reato e che vengono in realtà di solito considerati in sede processuale, specie al momento dell'applicazione della pena.

Potrebbe, dunque, parlarsi di una maggiore processualizzazione dell'istituto della particolare tenuità, che ne colora l'identità, da sempre ritenuta ibrida tra il sostanziale ed il processuale, oggi aperta in modo maggiore verso considerazioni propriamente processuali. Ed infatti, la norma richiama espressamente come parametri di valutazione della tenuità del fatto i criteri previsti dall'art. 133 c.p.; tuttavia, mentre prima della novella il richiamo era fermo ai criteri previsti dal primo comma dell'art. 133 c.p., strettamente legati alla gravità del reato, guardando ai singoli elementi costitutivi di esso (condotta ed elemento soggettivo) ed al danno o pericolo provocato, il riferimento espresso alla condotta susseguente al reato estende, seppur parzialmente, lo strumentario valutativo anche ai parametri elencati al secondo comma dello stesso art. 133 c.p., che sono propri dell'attrezzatura posta nelle mani del Giudice al momento della scelta della pena da applicare¹⁵.

Ebbene, fino a prima della riforma tali previsioni non riguardavano per nulla l'operato del pubblico ministero, che si doveva limitare a considerare il fatto per come perimetrato dall'ambito dell'offesa; eventuali valutazioni sulle condotte susseguenti all'offesa potevano semmai inserirsi, ad esempio, nel contesto degli accordi con l'indagato sull'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., anche per l'eventuale riconoscimento dell'attenuante generica ex art. 62bis c.p.

Si direbbe, tuttavia, che nell'ordinamento penale vi sono altre previsioni normative che attribuiscono valore di causa di non punibilità a condotte successive all'offesa; basti pensare per tutte a quanto previsto dall'art. 13 del d.lgs. 74/2000 in materia di reati tributari. In questo caso viene attribuita dal legislatore una valenza di esenzione dalla punibilità in presenza di condotte riparatorie successive alla consumazione del reato, che, appunto, riparano il danno con il pagamento di quanto dovuto¹⁶.

Con la novella in esame, dunque, è stata istituita una norma di portata generale, non limitata a specifici settori di disciplina specialistica nell'ambito del diritto penale, che attribuisce valore ai fini della esclusione dalla punibilità a tutte le condotte riparatorie susseguenti al reato che comportano una restituzione o un risarcimento dell'offesa provocata. Se fosse solo ciò si potrebbe ritenere che con tale novella il

¹⁵ Certa dottrina ritiene che la riforma, infatti, abbia avvicinato la clausola di cui all'art. 131bis c.p. ai criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., dando un "volto commisurativo" alla clausola, così D. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, p. 58; *amplius* ID., *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA, Milano, 2018, pp. 251 ss.

¹⁶ In giurisprudenza, per la valutazione della causa di non punibilità di cui all'art. 13 del d.lgs. 74/2000 come attinente al fatto, quindi di natura sostanziale, benché differente da una circostanza scriminante, si veda Cass., sez. III, sent. n. 16472 del 28 febbraio 2020, Rv. 279012. In dottrina, S. CAVALLINI, [La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?](#), in *Dir. pen. cont.*, 3, 2020, pp. 256 ss.

legislatore apparrebbe confermare la natura dell'art. 131**bis** c.p. come causa di non punibilità del fatto di natura sostanziale, oggi con portata ancora più ampia.

Si potrebbe aggiungere però, per ritenere tale norma come oggi maggiormente colorata di connotazioni processuali, che il criterio della condotta susseguente al reato è di per sé più ampio rispetto al solo contenuto riparatorio-risarcitorio di un comportamento. Condotte susseguenti al reato che potrebbero essere prese in considerazione, cioè, possono uscire dal perimetro riparatorio e riguardare comportamenti con connotati strettamente processuali, quali ad esempio dichiarazioni di ammissione di responsabilità ovvero aiuti concreti per il ritrovamento di beni ovvero ancora offerte o manifestazioni positive di riparazione del danno, che però ancora non assurgono ad essere pienamente risarcitorie. Basti pensare che l'art. 376 c.p. prevede una speciale causa di non punibilità relativa ad una condotta susseguente al reato che si manifesta in un contesto propriamente processuale. Dunque, anche comportamenti che esprimono concretamente una positiva presa di coscienza dell'illecito commesso ma che non avrebbero altrimenti valore come cause autonome di non punibilità potrebbero esser ricompresi nella valutazione sulla particolare tenuità del fatto, da giudicarsi come non bisognoso di pena per l'autore.

È questo proprio il punto che pare doversi cogliere. A seguito della novella in esame l'analisi del pubblico ministero per la determinazione conclusiva sull'esercizio dell'azione penale oggi deve rivolgersi non solo ad un eventuale bisogno di processo della vicenda e, cioè, all'esigenza di un vaglio processuale dell'apparato di prove raccolte, ma anche ad un bisogno definitivo di pena per l'indagato in caso di condanna¹⁷. Se, quindi, il Giudice che ritiene un fatto meritevole di pena deve poi scegliere la pena commisurata al fatto misurando la quantità di essa anche sulla base dell'ampio spettro di condotte poste in essere dall'imputato *post factum*, il pubblico ministero è chiamato ad una scelta preliminare ma che si muove sullo stesso terreno.

Il p.m. viene così responsabilizzato da un nuovo compito: lo spazio valutativo oggi deve riguardare non solo la meritevolezza di processo per la fattispecie sottoposta al suo esame ma anche la meritevolezza di punizione per l'autore delle condotte illecite; si tratta di un'estensione del perimetro del fatto in concreto, con tutti gli aspetti, anche soggettivi e comportamentali dell'autore, cui corrisponde un aumento di potere di valutazione discrezionale dell'organo di accusa¹⁸.

¹⁷ Sul senso dell'art. 131**bis** c.p. come incentrato sulla meritevolezza della pena per l'autore piuttosto che come valutazione sulla sola gravità oggettiva del fatto criminoso e dell'offesa, F. PALAZZO, [La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2019.

¹⁸ Per fare un esempio concreto di tale aspetto, si deve pensare al tema dell'applicabilità dell'art. 131**bis** c.p. nel caso di realizzazione di reati che prevedono soglie di punibilità, ormai riconosciuta in giurisprudenza ma anche, e questa sarebbe una novità, all'eventuale possibilità, grazie ai poteri valutativi concessi dalla stessa norma, di superare lo stretto perimetro delle cause di non punibilità speciali quale quella prevista dall'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000. Sul primo aspetto, DE SANTIS, *Il rapporto tra l'art. 131 bis c.p. e i reati con soglie di punibilità: luci e ombre della soluzione adottata dalle Sezioni Unite*, in *St. iur.*, 2016, pp. 1417 ss.; G. AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 894 ss.; sul secondo aspetto, anche a commento di Cass., sez. III, sent. n. 39835 del 27 settembre 2022, L. VALLOTTI, [L'art. 131bis c.p. e i reati tributari: presupposti applicativi e novità dopo la riforma Cartabia](#), in

Anche in questo caso, come per i tasselli argomentativi trattati in precedenza, può ritenersi introdotto un nuovo ambito di potere del p.m. con una conseguente maggiore carica di responsabilità nelle scelte da compiersi in sede di indagini e propriamente nella fase delle sue conclusioni.

Non può in questa sede sottacersi il dato per cui gli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 274 del 2000 relativo al procedimento innanzi al Giudice di pace, contengono una disciplina non dissimile da quella descritta in relazione alla tenuità. Anche nella disciplina di cui all'art. 34, peraltro, può notarsi la discrasia tra definizione dell'istituto contenuta nella rubrica ove si fa riferimento al "fatto" e contenuto della norma dove si fa riferimento all'esiguità "del danno o del pericolo".

In tale norma, tuttavia, non si fa espresso riferimento alla valutazione delle condotte successive al reato poste in essere dall'indagato ma si fa riferimento al "grado della colpevolezza", concetto che pare richiamare più l'elencazione prevista al comma primo dell'art. 133 c.p. che al comma secondo ove si indica, come parametro di valutazione della capacità a delinquere del colpevole, la condotta conseguente al reato. Le condotte riparatorie, risarcitorie o restitutorie sono espressamente indicate come criterio di valutazione nell'ambito dell'art. 35 della stessa normativa; le stesse infatti possono essere considerate al fine della declaratoria di estinzione del reato.

In ogni caso, in questa disciplina incide in modo pregnante l'eventuale assenso ovvero non contrarietà della persona offesa alla declaratoria di particolare tenuità del fatto. In effetti, a differenza di quanto accade nell'art. 131bis c.p., l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 prevede la possibilità per il Giudice di definire il procedimento con archiviazione per particolare tenuità del fatto solo se non risulta un interesse alla prosecuzione del procedimento da parte della persona offesa. Negli stessi termini in caso di avvenuto esercizio dell'azione penale *ex art. 34, co.3.*

Un altro aspetto in questo contesto può essere infine considerato. L'avviso *ex art. 415bis c.p.p.* previsto per la fase di conclusione delle indagini preliminari relative ai reati ordinari non è previsto con riferimento ai reati in materia di Giudice di pace; ciò comporta in quest'ultimo caso un minore spazio temporale di valutazione per il pubblico ministero degli elementi di prova raccolti anche in ordine al grado di offesa e di colpevolezza dell'indagato. Dunque, nel contesto dei reati in materia di Giudice di pace lo spazio di manovra nel giudizio sull'eventuale tenuità del fatto per il p.m. è ulteriormente ristretto dall'assenza di un momento di riflessione quale quello relativo alla formulazione dell'avviso *ex art. 415bis c.p.p.* È anche vero comunque che non sempre accade che il momento della formulazione e notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari diventi prolifico per effettuare nuove considerazioni; anzi, spesso tale momento diventa solo un passaggio processuale cui non corrisponde poi una effettiva interlocuzione ed una partecipazione attiva delle parti; ed allora, a quadro inalterato, l'esercizio dell'azione penale diventa automatico.

4.2. La ragionevole previsione di condanna.

Il secondo criterio interno di giudizio rende ancora più evidente la linea finora tracciata di una riforma che intende ampliare per un verso i poteri discrezionali del pubblico ministero di determinazione e di selezione delle vicende penalisticamente più ragionevoli, generando per altro verso una corrispondente maggiore responsabilizzazione dello stesso organo di accusa.

Effettivamente, la nuova formula di archiviazione prevista dall'art. 408 c.p.p. modifica in modo sensibile la precedente che, in lettura congiunta con quanto previsto dall'art. 125, disp. att. c.p.p., ora abrogato, prevedeva la possibilità per il p.m. di richiedere l'archiviazione del procedimento quando la notizia di reato *era infondata perché gli elementi acquisiti nelle indagini non sarebbero stati idonei a sostenere l'accusa in giudizio*.

A pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma è ancora prematuro comprendere a pieno come si potrebbe posizionare un'interpretazione giurisprudenziale destinata ad essere prevalente sulla nuova formula di giudizio; occorre, dunque, ragionare con gli strumenti ermeneutici attualmente disponibili. Ebbene, non pare che la formula della ragionevole previsione di condanna oggi sancita dall'art. 408 c.p.p. possa differenziarsi in modo sostanziale e netto dal criterio prima previsto dell'infondatezza ovvero dell'insostenibilità dell'apparato di prove raccolte nel corso delle indagini, semmai vi aggiunge qualcosa in più. In effetti, al termine delle indagini il p.m. è necessariamente chiamato ad effettuare una diagnosi del materiale probatorio, che ne investe la relativa quantità e qualità, in modo da non rendere del tutto inutile la formulazione di un dibattimento, che rappresenta il momento della verifica di tale materiale. Dunque, la formula in esame deve comprendere senz'altro il rispetto di un principio di completezza delle indagini, evincibile già dalla precedente disciplina.

Tuttavia, non può essere solo questo. Se ciò fosse, infatti, nulla si potrebbe attribuire di innovativo alla riforma.

Il combinato disposto degli art. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., per come vigente *ante* riforma, era comunque permeato da un *favor actionis* discendente dal principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale poiché veniva interpretato, appunto, come onere di verifica per il p.m. della non superfluità del processo e, pertanto, dell'adeguatezza delle indagini rispetto allo svolgimento del fase dibattimentale, a prescindere dal suo risultato¹⁹. Inoltre, nessuna valenza deflattiva o di salvaguardia di un'esigenza di economia processuale era attribuita a tali norme per come congeniate nel codice di rito. Dunque, per attribuire un valore sostanzialmente riformatore alla novella occorre cogliere il senso della nuova formula legislativa, che non a caso descrive una

¹⁹ Sul tema si veda E. MARZADURI, [Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari](#), in *questa Rivista*, 14 maggio 2020, anche in commento a Corte cost. n. 88 del 28.1.1991.

regola di giudizio prognostico che guarda direttamente al risultato del processo, la condanna, e non all'in sé del dibattimento²⁰.

Di conseguenza, accanto ad un giudizio di diagnosi delle evidenze raccolte nel corso delle indagini, che potrebbero per qualità e quantità non rendere inutile il processo, il p.m. è chiamato ad affiancare anche un giudizio di prognosi sul ragionevole esito positivo dello stesso dibattimento²¹. Per effettuare quest'ultimo giudizio occorre muoversi su un duplice piano.

Da un lato, infatti, il p.m. deve caricare di osservazione critica il materiale probatorio raccolto in termini di eventuale presenza di elementi dubitativi o contraddittori, che potrebbero ragionevolmente riproporsi in sede processuale; il processo non deve più essere visto come la sede naturale per districare o dipanare tali dubbi se già sono presenti nel corso delle indagini. Al netto dei casi di inutilizzabilità fisiologica di alcuni atti investigativi (tra tutti le sommarie informazioni dei testimoni ovvero le annotazioni e informative di polizia giudiziaria) la logica razionale che deve guidare l'organo di accusa non deve essere quella del *"si vedrà quello che succede nel processo"*, intendendo la fase dibattimentale come un momento comunque utilmente riparatorio di lacune investigative, ma quella di lumeggiare già al momento della conclusione delle indagini gli antagonismi tra le evidenze e lanciare lo sguardo nella sede processuale immaginando se tali antagonismi siano in grado di riproporsi o meno. In caso positivo, il passaggio di ragionamento successivo dovrebbe essere non tanto quello per cui *nel processo si potrà trovare una soluzione al contrasto* quanto quello se tale contrapposizione sarebbe in grado di minare una decisione di condanna presa attraverso la regola di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p. Fermo allo stato degli atti allora il p.m. deve proporsi come giudice di tali atti e considerare il *peso* di eventuali contraddizioni emerse ai fini dell'esito processuale.

Attenzione però, le regole di giudizio di cui agli artt. 408 c.p.p. e 530 c.p.p. sono diverse e tali devono essere ritenute, perché hanno ad oggetto contenuti diversi: da un lato si trovano le evidenze emerse nel corso delle indagini con tutte le ipotesi di

²⁰ Tra i primi commenti della riforma, si veda C. NAIMOLI, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 831; F. ALVINO, *Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"*, in *questa Rivista*, 10 marzo 2022; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, fasc. 3/2022, 24 ottobre 2022, pp.1-16; T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. proc. pen.*, 2023, pp. 161 ss.; sulla prospettiva della medesima regola di giudizio per l'udienza preliminare M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen.*, fasc.2, 25 luglio 2022.

²¹ Nella [Relazione della Commissione Lattanzi](#), testo pubblicato in *questa Rivista*, 25 maggio 2021, a proposito dell'archiviazione, si legge: *«la Commissione ritiene che, alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione».*

inutilizzabilità (fisiologica), le quali quindi non costituiscono e non sono in grado di costituire prove ai fini di una condanna, dall'altro si trovano le autentiche prove per come emerse all'esito dell'istruttoria dibattimentale. Il parametro dell'oltre il ragionevole dubbio apparrebbe invero – per come anche indicato nella relazione della Commissione Lattanzi²² – riguardare entrambi i momenti di decisione, quello alla fine delle indagini e quello alla fine del dibattimento, ma tale non può essere fino in fondo. E' vero che anche il p.m. deve adottare una propria decisione di verità allo stato dell'arte superando ragionevoli dubbi, anch'egli deve cioè sottoporre a falsificazione il materiale probatorio acquisito enucleando eventuali profili di incertezza; tuttavia, non essendo la decisione del p.m. equiparabile ad una sentenza di condanna, il rigore probabilistico richiesto per la motivazione di quest'ultima non può essere richiesto anche per la scelta del rinvio a giudizio operata dal p.m. (così come non sarà richiesto per la decisione di rinvio a giudizio effettuata dal giudice dell'udienza preliminare che non decide per una sentenza di non luogo a procedere optando per una ragionevole previsione di condanna). Il p.m., infatti, avendo a che fare con oggetti diversi – le evidenze investigative – non deve porsi il problema del grado di ragionevolezza ovvero della *quantità* di prognosi o di probabilità necessaria per fondare la propria determinazione; non è richiesta una motivazione sul punto²³. Il riferimento alla ragionevolezza nel caso della decisione che deve prendere il p.m., pertanto, senza richiedere uno sforzo di calcolo quantitativo, richiama piuttosto la consapevolezza dei limiti della mente umana, dell'incertezza insita in ogni decisione; quest'ultima per il p.m. non può essere di certa prognosi di una futura condanna ma, appunto, ragionevole, non irrealistica²⁴.

Non può negarsi però che il riferimento alla prognosi ragionevole di condanna nell'art. 408 c.p.p. abbia voluto aggiungere qualcosa in più rispetto al passato ed è proprio quel qualcosa in più, di innovativo, che chiude il cerchio del ragionamento e rappresenta l'ultimo tassello del filo rosso fino ad ora tessuto.

Venendo allora al secondo aspetto di questa ricostruzione, la formula di giudizio in esame pare richiedere al p.m. una considerazione ulteriore, ovvero di proiettarsi nel

²² Vds. *sub* nota 20.

²³ Sul criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio in relazione alle sentenze di condanna, vds., D. CHINNICI, *L'«oltre ogni ragionevole dubbio: nuovo criterio del giudizio di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1553; C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, a cura di A. SCALFATI, Milano, 2006, p. 87; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA. VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionali e Sezioni Unite*, a cura di Filippi, Padova, 2007, p. 137; R. GAROFOLI, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di A. GAITO, Torino 2006, p. 77; R.E. KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. «legge Pecorella»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 633; F.M. IACOVIELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3869; E. MARZADURI, *Commento all'art. 5 l. n. 46/2006*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 88; C.E. PALIERO, *Il «ragionevole dubbio» diventa criterio*, in *Guida dir.*, n. 10, 2006, p. 73; ID., *Nasce la necessità di un'esegesi comune*, *ivi*, p. 82; C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. BARGIS - F. CAPRIOLI, Torino, 2007, p. 361; N. PISANI, *Riflessioni sul tema del "ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1243;

²⁴ Sul concetto di ragionevolezza C. PIERGALLINI, [il "penale" senza diritto?](#), in *questa Rivista*, 4 maggio 2023.

futuro del processo e prognosticare altri elementi, già prevedibili al momento della conclusione delle indagini, che potrebbero comunque inficiare un provvedimento di condanna. Tra tutti si deve pensare ad esempio al tema della prescrizione. A ben vedere, infatti, per giungere ad una sentenza di condanna il Giudice è chiamato a considerare tutti gli elementi emersi nel corso dell'istruttoria processuale e valutarli *ex art. 530 c.p.p.*; tra tali elementi devono essere ricomprese eventuali cause di non punibilità e di estinzione del reato, qualora anche emerse dopo l'esercizio dell'azione penale. È evidente che l'organo di accusa non sarebbe mai in grado (e non gli viene richiesto) di prefigurarsi ogni scenario possibile che potrebbe maturare nel corso di un dibattimento, ma l'ottica del 408 c.p.p. è quella allo stato degli atti e di una prognosi di probabilità e prevedibilità già al termine delle indagini di eventuale maturazione di cause di non punibilità o di estinzione del reato, come per l'appunto la prescrizione. Da quest'ultimo punto di vista, per esempio, l'organo di accusa non può non considerare, al fine di determinarsi circa l'esercizio o meno dell'azione penale, la situazione specifica del Tribunale in cui esercita e l'organizzazione relativa alla fissazione delle udienze. Se, dunque, i tempi di fissazione delle prime udienze da parte del Tribunale possono risultare da subito incompatibili con uno svolgimento utile e con un esito positivo del processo essendo prevedibile e probabile la maturazione de tempi di prescrizione, il p.m. è chiamato a ragionare *ex art. 408 c.p.p.* in termini di irragionevole prognosi di condanna.

Ecco che, corrispondentemente a quanto sopra detto con riguardo al criterio interno della particolare tenuità del fatto, anche la formula della ragionevole prognosi di condanna allarga lo spettro d'indagine e di discrezione del p.m. da una valutazione del solo *bisogno di processo* per la fattispecie concreta a quella del *bisogno di pena* o, meglio, in questo caso, della *prognosi ragionevole di punizione*.

La formula prevista dall'art. 408 c.p.p. appare, dunque, fondare un principio di *empirismo prognostico*, laddove la valutazione richiesta al p.m. si deve attingere empiricamente al caso concreto inteso in tutti i suoi possibili (*id est* ragionevoli) aspetti evolutivi, non solo quelli fisiologici dell'istruzione dibattimentale, con le problematiche relative alla riproposizione delle evidenze raccolte nelle indagini e gli eventuali elementi dubitativi, ma anche altri aspetti estrinseci rispetto alla sola analisi di consistenza delle prove ma comunque facenti parte del fatto inteso in senso ampio. Se il p.m., come già detto, è il giudice delle indagini, come tale deve guardare empiricamente a tutto ciò che dall'indagine può portare all'esito processuale.

Sicuramente, inoltre, la formula in esame consente di agganciare ancor di più i fatti che devono essere oggetto di indagine ai principi costituzionali di legalità e colpevolezza, chiamando il p.m. non solo al rispetto del criterio di verifica tassativa dell'esistenza, provata, degli elementi costitutivi del reato, ma anche di ogni altra circostanza attinente alla punibilità e colpevolezza dell'indagato, alla stregua di come è chiamato a fare il giudice, tra l'altro, con i parametri di cui all'art. 133 c.p.

In definitiva, la lettura congiunta legata ad un filo rosso comune dei diversi tasselli che hanno riguardato la riforma delle norme relative alle indagini preliminari, aiuta come visto a cogliere il senso comune di tali novelle ed anche ad intraprendere percorsi interpretativi davvero innovativi. Se si vuole accogliere la spinta riformatrice

voluta dal legislatore e non perdere l'ennesima occasione di una riforma senza cambiamenti, occorre muoversi anche lungo il crinale di nuove interpretazioni.

Tornando quindi alla formula della ragionevole previsione di condanna occorre fermare lo sguardo anche sui rapporti tra tale criterio e quello, costituzionale, dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. Occorre cioè chiedersi quale lettura darsi a questo principio fondativo del sistema giudiziario, posto a tutela del principio di uguaglianza, sulla scorta della volontà legislativa sottesa alla nuova previsione dell'art. 408 c.p.p.: quali direzioni o quali spazi devono cioè essere disegnati per tale principio a seguito della riforma. Senza adottare particolari torsioni interpretative si potrebbe allora cogliere un senso di *temperamento di tale principio* reso attraverso tale nuova formula legislativa; come se la ragionevole previsione di condanna acquistasse un valore sostanzialmente costituzionale di adeguamento alla modernità del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale rispondendo alla logica dell'*in dubio contra actionem*.

4.3. I criteri di priorità.

Che tale temperamento sia nelle corde delle innovazioni registrate e nelle possibili future interpretazioni delle norme processuali si può ricavare anche dall'ultimo tassello del ragionamento fin qui percorso. Si parlava prima, infatti, di criteri interni ed esterni di valutazione offerti al p.m. per le proprie determinazioni sull'esercizio o meno dell'azione penale. Dunque, descritti i criteri interni, si può fare un breve cenno ai criteri esterni al giudizio che sono quelli relativi ai criteri di priorità.

La riforma Cartabia (art. 1, co.9, lett. i) ha previsto infatti che il Parlamento possa fissare con legge delle direttive generali rivolte agli uffici di Procura che indichino in modo trasparente e predeterminato, in modo da garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, criteri di priorità; questi ultimi devono consentire di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto del numero di affari e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili.

In attesa che tale parte della riforma entri pienamente in vigore con l'adozione di tali testi normativi, fino ad oggi l'individuazione dei criteri di priorità è stata affidata ai documenti organizzativi delle procure e, dunque, ai Procuratori della Repubblica che li redigono²⁵. In effetti, la conoscenza che il Procuratore ha del territorio e delle caratteristiche criminali che ne interessano il tessuto sociale possono consentire allo stesso di calibrare al meglio i criteri di priorità e, così, indirizzare l'operato dei pubblici ministeri del proprio ufficio.

Discorso diverso, rispetto ad una conoscenza adeguata di tutti i territori governati dagli uffici di Procura italiani, andrebbe fatto per i criteri di priorità fissati con legge di rilievo nazionale: pare difficile che possa avvenire a livello nazionale una

²⁵ Ciò in base alle previsioni di cui agli artt. 227 del d.lgs. n. 58/1998, 132bis delle disp. att. c.p.p., 1 e 4 del d.lgs. n. 106/2006, nonché alla circolare del CSM del 16 novembre 2017, modificata con delibera del 16 dicembre 2020.

indicazione adeguata delle priorità da seguire per i singoli territori. Inoltre, direttive eccessivamente frammentate quanto a contenuti legati ai singoli territori portano con il sé il rischio di federalismi giudiziari ovvero di politiche criminali eccessivamente differenziate nei territori dello Stato. Occorrerà, dunque, che la normativa di livello nazionale preveda criteri e direttive più di ampio respiro agganciate alla politica criminale nazionale che si intenderebbe perseguire²⁶.

Dal punto di vista sistematico, mettendo anche questo tassello nella costruzione argomentativa fin qui portata avanti, parrebbe che tali previsioni introdotte dalla riforma Cartabia possano fungere fisiologicamente da elemento di sostegno agli spazi di discrezionalità aperti in favore del pubblico ministero nelle scelte sull'esercizio dell'azione penale. Come se si affermasse un principio per cui, per non lasciare solo il pubblico ministero in tali scelte, nel caos spesso generato dalle quantità di notizie di reato che pervengono quotidianamente negli uffici di Procura, siano previsti *ex lege* ulteriori strumenti che possono facilitare, in funzione famulativa, tali scelte.

Però, profili di delicatezza non possono sottacersi nel considerare questo aspetto.

E' evidente che finché l'arsenale a disposizione del pubblico ministero per effettuare le proprie discrezionali scelte sull'esercizio dell'azione penale siano prettamente interne al giudizio, ovvero siano rinvenibili all'interno del sistema processuale, in formule tutte attinenti al merito delle singole vicende, ciò lascia sereni circa la tutela delle esigenze di indipendenza ed autonomia che l'organo di accusa deve avere in tali scelte; laddove, invece, l'arsenale sia etero-fornito occorre porre attenzione a che ciò non vada ad intaccare in alcun modo le esigenze citate. Effettivamente, un conto è la necessità di deflazione delle procedure e di snellimento dei carichi dei Tribunali, che passa anche attraverso le scelte operate dagli uffici di Procura, altro è imbrigliare tali scelte in binari eterodeterminati, che seguono di volta in volta il colore politico della formazione al governo, che nulla hanno a che fare con i principi costituzionali non solo posti a presidio dell'ordine giudiziario ma anche dell'uguaglianza dei cittadini. Le scelte di politica criminale prese a livello nazionale, pertanto, che si potranno manifestare anche attraverso le leggi contenenti i criteri di priorità destinati agli uffici di Procura avranno da tenere in conto la protezione degli interessi e dei principi costituzionali, tra cui quelli che garantiscono la separazione tra poteri dello Stato, e dipanarsi in maglie necessariamente elastiche e trasparenti.

5. Conclusioni.

In conclusione, nell'affresco proposto che mette insieme alcuni importanti tasselli della riforma Cartabia è evincibile una logica comune, che rappresenta al contempo un

²⁶ Senza poi nascondere il pericolo che tali formulazioni legislative seguano il colore politico di volta in volta al potere generando una schizofrenia della politica criminale. Sull'argomento si vedano, tra gli altri, N. ROSSI, [I "criteri di priorità tra legge cornice e iniziativa delle procure](#), in *Questione Giustizia*, 4/2021, 76 ss. S. SCHIAVONE, *I criteri di priorità: tempi nuovi e nuove tempistiche per l'azione penale*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di MARANDOLA, Milano, 2022, 121.

cambiamento delle regole processuali ed uno stimolo ad una innovazione culturale del ruolo del pubblico ministero nella gestione delle indagini. Come visto, la riforma in più punti di modifica attribuisce un maggior potere per il p.m. ma anche una maggiore responsabilità, che si deve muovere sui binari della celerità e dell'efficienza: un aumento di possibilità nella selezione dei fatti penalmente rilevanti e da mandare a giudizio, con maggiore possibilità di non iscrivere sin dall'inizio ovvero poi di archiviare i fatti ritenuti dubbi o non ragionevolmente destinati ad un esito di condanna, cui corrisponde simmetricamente una maggiore responsabilità in termini di analisi da parte dello stesso p.m. e poi anche di controllo da parte del Gip o della Procura generale sui tempi e sulla correttezza delle scelte operate.

Anche le modifiche intervenute con la medesima riforma Cartabia relative all'udienza preliminare e l'istituzione dell'udienza predibattimentale si muovono tutte nel solco del miglioramento delle capacità selettive dei casi meritevoli di giudizio e di riduzione, dunque, del rischio giudiziario.

L'impianto così congeniato ha tutte le carte in regola per impiantare il seme del *revirement* culturale, con conseguente manomissione di contropinte conservatrici.

L'occasione è dunque propizia, anche grazie all'arrivo dei fondi del P.N.R.R. e, dunque, alle possibilità di spesa e di investimento in meccanismi processuali e nella struttura giudiziaria, anche amministrativa, al fine di raggiungere un livello di efficienza e capacità di risposta di giustizia adeguato agli standard richiesti anche a livello europeo per la stessa concessione dei fondi.

Tuttavia, qualunque investimento di tipo economico-amministrativo ovvero qualunque novella normativa perde di potenza se non si accompagna ad una presa di coscienza comune sull'importanza di migliorare costantemente il servizio reso. È vero, le risorse messe a disposizione del sistema giudiziario ad oggi risultano ancora non sufficienti per affrontare la mole di domanda di giustizia che si propone quotidianamente nelle cancellerie e negli uffici di procure e tribunali: ad una quantità di domanda rimasta inalterata non corrisponde una sufficiente quantità di offerta e il meccanismo è in costante sofferenza.

Con la riforma si è provato ad istituire degli strumenti prettamente processuali che in mano ai pubblici ministeri possano disarticolare le domande di giustizia, setacciarle, per imbrigliare solo quelle idonee ad essere portate avanti e quindi meritevoli del dispendio di risorse umane ed economiche che comporta l'intero ciclo di una vicenda processuale. Resta allora il compito di maneggiare questi strumenti con spirito non riottoso ma rivolto ad un miglioramento futuro; in questa ottica possono gemmare progressivamente anche interpretazioni coraggiose, nel rispetto del principio di legalità sostanziale e processuale, in grado di varcare il Rubicone dell'obbligatorietà temperata dell'azione penale, sempre con salvaguardia del controllo giudiziale su eventuali casi di inazione per la tutela dell'uguaglianza dei cittadini. Se è un cambiamento culturale ed interpretativo ciò a cui si aspira, ad esso bisogna mirare.