

LA QUESTIONE DELLA DISCREZIONALITÀ DELL'AZIONE PENALE (*)

di Serena Quattrocchio

Lo scritto propone, in forma rielaborata, la relazione presentata al convegno di studi cui si riferisce questa raccolta di contributi. Muovendo da un titolo provocatoriamente incentrato sulla discrezionalità, la riflessione mira a fare il punto sullo stato di salute del principio di obbligatorietà dell'azione, spesso additato come polveroso residuo di un'esperienza storica esaurita, che inciderebbe pesantemente sul carico giudiziario ormai insostenibile. Tale riflessione, però, mette in luce una certa reattività dell'ordinamento che recentemente si è dotato di nuovi strumenti di governance dell'azione penale. Il tentativo, qui, è di sondarne la compatibilità con il precetto dell'art. 112 Cost. e di immaginarne l'effettiva efficacia.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. La discrezionalità in Francia. – 1.2 L'esercizio dell'azione penale nel circuito federale nordamericano. – 2. Nuovi spazi di *governance* dell'azione penale: i criteri di priorità. – 2.1. I passaggi della riforma. – 2.2. La natura organizzativa dei criteri. – 2.3 criteri e principi costituzionali. – 3. (segue) L'archiviazione per mancanza di ragionevole previsione di condanna. – 3.1. Dalla legge di delega al nuovo art. 408 c.p.p. – 3.2. Standard valutativi identici. – 3.3 È possibile un primo criterio che 'filtra meno'? – 4. Cenni conclusivi.

1. Introduzione.

Nel percorso che ci guida attraverso i giudizi discrezionali del nostro sistema penale, l'attenzione si sposta, per un momento, dalla centralità della funzione giurisdizionale – principale protagonista di questo convegno – verso il ruolo del pubblico ministero, che entra in scena, pur non del tutto solitario, nella fase eventualmente scatenante del processo.

Il titolo da cui prende spunto questa breve riflessione incorpora certamente una provocazione, sottolineando una caratteristica dell'azione penale che è opposta a quella proclamata dall'art. 112 Cost. Spingendosi a stabilire addirittura una regola in materia di esercizio dell'azione penale, il legislatore costituente italiano ha notoriamente scelto la formula più lontana dal concetto di discrezionalità, rendendo la formale contestazione dell'accusa un obbligo del pubblico ministero. Se è indubbiamente vero che 'obbligatorietà' significa, in primo luogo, diniego di 'arbitrarietà'¹, al lemma va

(*) Il contributo riproduce il testo della relazione tenuta dall'Autore al Convegno "Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali", tenutosi a Firenze il 9 e 10 maggio 2024.

¹ M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, 55.

certamente riconosciuta una valenza di limite, di confine, anche alla mera 'discrezionalità', laddove essa si manifesti, sì, attraverso criteri generali, ma inadeguati a garantire un approccio di uniformità nell'esercizio del penetrante potere pubblico di accusa, nei confronti dei singoli individui². Si tornerà, evidentemente, su questo tema cardinale, ma l'opposizione obbligatorietà/discrezionalità ha guidato la struttura di tutto questo intervento, e ne giustifica le sequenze, rendendo necessario muovere da un profilo non abituale, ovvero quello della definizione di discrezionalità dell'azione penale. Se è pur vero che il titolo parla di 'questione della discrezionalità', alludendo, innanzitutto, ad un dibattito storico e ideologico che ruota attorno al più familiare concetto di 'obbligatorietà', l'obiettivo prefissato non si può raggiungere se non prendendo le mosse proprio dalla definizione di 'discrezionalità dell'azione penale' che, tuttavia, manca nel nostro ordinamento, per le ovvie osservazioni già svolte³. Nella nostra letteratura, nel nostro dibattito, la discrezionalità dell'azione penale entra, per lo più, quale negazione, appunto, del declamato principio costituzionale di obbligatorietà o, quantomeno, come risultato di un processo di erosione di quest'ultimo che, per le ben note ragioni che qui non si ripercorreranno, obbliga la regola costituzionale al compromesso con la realtà. Per comprendere, dunque, cosa può essere la 'discrezionalità dell'azione penale' ho ritenuto necessario guardare a ordinamenti che tradizionalmente si affidano proprio a tale canone per regolare il potere statuale di scatenamento della pesante (in tutti i sensi) macchina processuale. Data l'intrinseca connessione tra regole dell'azione penale e tessuto giuridico-culturale degli ordinamenti, mi è parso opportuno rivolgere l'attenzione sia all'interno della tradizione romano-germanica, sia nella meno familiare cultura della *common law*. Nel primo ambito, la Francia è parsa il referente più naturale, non solo per ragioni di prossimità geografica, ma per l'evidente influenza che l'esperienza codicistica napoleonica ha esercitato sulla tradizione processuale penale italiana, plasmandola al suo esordio. Anche sul piano della struttura istituzionale, poi, pur nel quadro di fondamentali differenze, che si richiameranno, le Alpi occidentali paiono facilitare, e non ostacolare, un raffronto tra la realtà italiana e quella francese, in merito all'esercizio dell'azione penale.

Per quanto attiene, invece, al mondo della *common law*, l'assetto istituzionale inglese, con un *Crown Prosecution Service* fortemente connotato in senso burocratico, ha suggerito di volgere lo sguardo, piuttosto, al circuito federale nord americano, in cui il pubblico ministero ha certamente tratti caratterizzanti più spiccati, tanto sul versante tecnico-giuridico, quanto su quello politico. Pur molto distante, sul piano istituzionale, dal nostro magistrato inquirente, il *Prosecutor* federale si propone come centro

² Interessante la riflessione di I. FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2002, 538 ss., che paragona la discrezionalità del pubblico ministero nelle scelte che sottendono all'esercizio dell'azione penale al rango di opzioni ermeneutiche che si offrono al giudice in sede di applicazione delle norme e che rispondo al personale patrimonio culturale e di inclinazioni.

³ Osserva, R. APRATI, *Criteri di priorità e progetti organizzativi delle procure*, in *Leg. Pen.*, 24.5.2022, 4, che «opportunità significa libertà, ovverossia indifferenza del legislatore fra la scelta di agire e di non agire», condizione che, dunque, inevitabilmente sfugge a qualsiasi intervento normativo.

decisionale ‘forte’, non costretto entro i confini, più sbiaditi, di un ruolo burocratico-amministrativo.

1.1. La discrezionalità in Francia.

Non si può negare che il quadro normativo francese dell’azione penale – pur non caratterizzato da una disposizione addirittura di rango costituzionale – si presenti come fortemente emblematico. Infatti, la prima norma rilevante si trova proprio nell’art. 1 c.p.p., ove si stabilisce non solo la titolarità dell’azione penale pubblica – assegnata ai magistrati o ai funzionari pubblici indicati dalla legge – ma anche la specifica funzione della stessa, volta «all’applicazione delle pene»⁴. Il medesimo articolo precisa, poi, che tale prerogativa può essere esercitata – alle condizioni stabilite dal codice stesso – anche dalla persona offesa dal reato. Tralasciandosi completamente, in questa sede, il tema dell’esercizio dell’azione della parte civile, conviene ampliare lo sguardo sul rilevante assetto normativo esistente, oltre alla declamazione del richiamato art. 1.

È il nucleo di previsioni contenute negli artt. 40 ss. C.p.p. a venire in rilievo e, in particolare l’art. 40-1, ove si stabilisce che il procuratore, a fronte di fatti aventi rilevanza penale, attribuibili ad una persona individuata e reperibile, in assenza di ostacoli stabiliti dalla legge, valuta l’opportunità di avviare l’azione penale, oppure di archiviare, in base alle circostanze dei fatti o, ancora, di promuovere uno degli epiloghi alternativi espressamente previsti dagli artt. 41-1 (riparazione del danno, così come modificato dalla legge 28.2.2023), 41-1-2 (convenzione giudiziaria d’interesse pubblico, da parte di una persona giuridica, in relazione ad una serie di reati di natura economico-finanziaria, così come previsto dalla recentissima novella del 24.6.2024)⁵, 41-2 (composizione penale, così come da ultimo modificata dalla legge del 21.3.2024, art. 16).

Di centrale rilevanza, per la nostra riflessione, il fatto che lo scenario appena abbozzato non si limiti più all’alternativa secca tra azione ed inazione, ma preveda una ‘terza via’, rappresentata dalle varie soluzioni di *diversion* che comportano, comunque, la definizione pre-processuale del procedimento. Al di là dei formalismi⁶, tale soluzione

⁴ *L’action publique pour l’application des peines est mise en mouvement est exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code.*

⁵ Senza potersi dilungare qui in una più approfondita analisi della normativa francese, si deve segnalare come l’apparto delle previsioni espressamente indicate all’art. 40-1 n. 2 quali alternative alla *poursuite*, sia integrato anche dall’art. 41-1-3, convenzione di interesse pubblico stipulata delle persone giuridiche coinvolte nella commissione di reati ambientali, introdotta anch’essa con la legge del 24.6.2024, ma non espressamente richiamata nel testo dell’art. 40-1. Il richiamo nell’articolo appena introdotto, alla procedura dell’art. 41-1-2, contestualmente emendato proprio dalla legge del giugno scorso, spinge a ritenere che anche questa tipologia di convenzione di interesse pubblico rientri tra le alternative all’esercizio dell’azione penale. La disposizione consente di inserire nella convenzione la definizione dei reati in questione, attraverso il pagamento di una somma di denaro o l’impegno alla rimozione dei danni ambientali, prima dell’esercizio dell’azione penale. In argomento v. F. MOLINS, *Répertoire de Droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, § 5, agg. 2024.

⁶ Non si può omettere di segnalare, però, l’esistenza di un dibattito – dottrinale e giurisprudenziale – in

si fa apprezzare per la maggiore rispondenza alle effettive dinamiche alternative, che agevolmente si inquadrano in una cornice di opportunità. Si tratta, come noto, di una aggiunta relativamente recente (e spesso rimaneggiata dal legislatore, come dimostrato anche dai recentissimi interventi, di pochi mesi fa), dovuta, secondo la letteratura, alla inadeguatezza della semplice alternativa secca *poursuite/classement sans suite*, a far fronte al numero esorbitante di procedimenti, con una crescita insostenibile dei carichi pendenti⁷. Una terza via che, nella struttura dell'art. 40-1 non è sottoposta a criteri particolari per l'esercizio di questa 'azione impropria', lasciando alle singole previsioni che seguono l'individuazione di parametri più dettagliati, per un'ampia gamma di interventi modulati sulla specificità del caso concreto. Il presupposto e il limite normativo sono rappresentati dall'*incipit* dell'art. 40-1, ovvero l'integrazione di una fattispecie commessa da una persona nota e reperibile, in assenza di ostacoli normativi all'avvio della *poursuite*.

Curiosamente, dunque, in un sistema fondato sulla discrezionalità dell'azione penale, l'esperienza più recente ha dimostrato che nemmeno tale soluzione è idonea a far fronte ad una crescente domanda di giustizia: l'assenza di un vincolo di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale non consente, di per sé, un'efficace *governance* del potere punitivo e, nella realtà francese, ha suggerito l'introduzione di un *tertium genus*, una sorta di azione non punitiva ma, piuttosto 'proattiva', intesa ad attivare una risposta istituzionale non tradizionalmente sanzionatoria, bensì *lato sensu* riparatoria. Ciò pare elemento di grande rilievo in questa riflessione, soprattutto a fronte del '*claim*' frequentemente utilizzato nel nostro Paese – forse più in sede politica, che nel dibattito scientifico – che indica l'abbandono dell'obbligatorietà dell'azione penale come chiave essenziale per una riduzione del carico pendente.

Si può piuttosto trarre dal quadro sopra brevemente tratteggiato una certa coincidenza con scenari normativi e applicativi a noi familiari, nel solco degli istituti fondati sia sulla particolare tenuità del fatto - tanto con riguardo alla rinnovata formulazione dell'art. 131 bis c.p., quanto in quella tradizionale (ma recentemente rimaneggiata) dell'art. 27 DPR 448/1988 – sia su meccanismi restitutori. Con riguardo alla prima ipotesi, riferita agli autori maggiorenni, la scelta di collocare l'istituto nella fase delle indagini consente di individuare un parallelismo con gli strumenti francesi che pongono l'azione penale in alternativa a percorsi non punitivi, ma diversi dal *classement sans suite*, come quelli più sopra indicati. Senza necessità di dilungarsi qui sull'istituto della particolare tenuità del fatto, si coglie tra i due ordinamenti - al di là di differenze, anche significative, nella tecnica normativa – una convergenza sull'attenzione, da parte del magistrato requirente, alle caratteristiche del fatto concreto e del suo autore, che diventano il centro di 'smistamento' dell'azione penale. Ancor maggiore appare la vicinanza tra i due modelli in relazione all'art. 27 d.p.p.m. che si pone sì, formalmente,

relazione alla natura alternativa della mediazione penale, istituto delineato, prima della recentissima riforma del 2024, dall'art. 41-1 c.p.p. (v. J.B. Perrier, *Répertoire de Droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, agg. 2021).

⁷ Osservavano già C. AMBROISE-CASTEROT, PH. BONFILS, *Procédure pénale*, Presse Universitaire de France, Paris, 2011. 79. Più di recente, v. R. PARIZOT, *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2024, 79 ss.

a valle dell'esercizio dell'azione penale – in contrasto con l'approccio francese – ma che spesso risulta applicato anticipatamente, anche in relazione alla recente disciplina della giustizia riparativa⁸, a seguito dell'assunzione da parte dell'indagato di oneri attivi, quali la partecipazione a programmi anti-violenza, simili a quelli dettagliatamente previsti, in particolare, dall'art. 41-2 del codice di procedura penale francese per la *composition pénale* e da ultimo ampliati (marzo 2024).

Eco altrettanto evidente di alcune trame transalpine si ritrova nell'istituto, recentemente inserito nel tessuto del codice sostanziale italiano, con effetto estintivo, legato alla riparazione del danno e delle altre conseguenze negative del reato. Anche in questo caso, la convergenza si ritrova nei parametri che inibiscono lo sviluppo del procedimento, piuttosto che nella precisa dinamica normativa. Tuttavia, il combinarsi della previsione dell'art. 162 *ter* c.p. con la tradizionale formulazione dell'art. 411 c.p.p., in materia di archiviazione, può dar luogo anche a pratiche anticipatorie, più o meno condivisibili, nelle quali il pubblico ministero chiede l'archiviazione per estinzione del reato, determinata dall'avvenuta condotta riparatoria, già realizzata durante le indagini dall'indagato. Si tratta, anche in questo caso, di prassi 'non censite', che emergono a livello locale e certamente si prestano a molte critiche sul piano della legittimità, stanti le previsioni normative che impongono sia una valutazione giurisdizionale sulla completezza della prestazione riparatoria – da cui discende l'effetto estintivo – sia di un'audizione, pur informale, della persona offesa dal reato⁹. Le accennate prassi 'anticipatorie' dell'art. 162-*ter* c.p. sembrano, poi, anche favorite dalla nuova formulazione dell'art. 408 c.p.p., laddove la condotta riparatoria intervenuta durante le indagini preliminari incide plausibilmente sulla ragionevole previsione di condanna, in senso negativo: se si accetta la lettura 'estensiva' della norma – che implica di tenere in conto, ai fini della previsione di condanna, anche incombenti o, quantomeno, probabili, cause estintive del reato (quella prescrittiva, oltre a quella riparatoria, evidentemente...) ¹⁰, la descritta situazione sembra suggerire l'abbandono dell'azione penale, in favore dell'alternativa richiesta di archiviazione.

⁸ V. C. Cesari, *sub* art. 27 d. P.R. 448/1988, in AA.Vv., *Il processo penale minorile*, a cura di G. Giostra, V ed., 423 ss.

⁹ Entrambe le condizioni potrebbero considerarsi 'recuperabili' attraverso l'ordinario meccanismo archiviatorio, che certamente implica il controllo giurisdizionale sul presupposto della pienezza della riparazione realizzata dall'interessato; anche la verifica della posizione della vittima potrebbe poi essere 'recuperata' attraverso la fissazione della udienza *ex* art. 409 co. 2 c.p.p., stante la sua natura non vincolante di tale opinione.

¹⁰ Sul nuovo criterio di archiviazione, v. *infra*, § 3. Ma con specifico riguardo a questo profilo si segnala già che G. LEO, *La regola di giudizio dell'archiviazione e la riapertura dell'indagine*, in T. Bene, M. Bontempelli, L. Luparia Donati, *Nuove dinamiche del procedimento penale. Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, vol. 2, Torino, 2024, 93, auspica una lettura restrittiva, che non consenta il ricorso all'archiviazione, per mancanza di ragionevole previsione di condanna, nei casi di imminente prescrizione; in senso contrario, tra gli altri, S. DE FLAMINEIS, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero*, in *Sist. Pen.*, 23.5.2023, 16; G. GARUTI, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *Arch. Pen.* 2022, f. 3, 13.

Ribadita la incompletezza dell'analisi di questi fenomeni normativi, si intende sottolineare come il raffronto con la situazione francese mostri degli evidenti segni di 'contaminazione' del nostro assetto processuale: se si concorda di considerare quelli utilizzati dal legislatore francese come indici di discrezionalità dell'azione penale, si deve ben riconoscere che l'ibridazione del nostro sistema si trova ormai in stato avanzato. Componenti tipicamente discrezionali – secondo il paradigma francese – si ritrovano ormai stratificati nel contesto normativo italiano, a prescindere dalla loro formale collocazione, spesso prevista a valle dell'esercizio dell'azione penale, ma non per questo del tutto esclusa nella fase delle indagini preliminari.

Questo primo versante di comparazione segna, dunque, un'evidente presenza, nello scenario italiano, di soluzioni condivise anche da sistemi fondati sulla discrezionalità dell'azione penale.

1.2. L'esercizio dell'azione penale nel circuito federale nordamericano.

Quanto al secondo versante di riferimento, il circuito federale americano pare un buon paradigma generale, per non perdersi nelle specificità degli ordinamenti dei singoli Stati, che figurerebbero, peraltro, poco significativi.

Tale scelta agevola significativamente il lavoro poiché, all'interno del paradigma caratteristico della *common law*, tradizionalmente lontano da schemi di diritto positivo, proprio il tema dell'esercizio dell'azione penale risulta espressamente regolato da previsioni para-normative. Infatti, nella cornice generale del principio dello *stare decisis*, il tempo ha fatto segnare la progressiva 'infiltrazione' di fonti di rango legislativo, che sono venute a regolare la funzione giurisdizionale (ad esempio in materia di prove, le Federal Rules of Evidence), senza tuttavia invadere la sfera di autonomia dell'accusatore, il cui ruolo resta presidiato soltanto da fonti di *soft-law*. In particolare, il *Justice Manual* dello U.S. Department of Justice¹¹, contiene alcune previsioni specifiche in merito all'esercizio dell'azione penale. In particolare, la rule 9-27-200 inaugura il capitolo 9, in materia penale, e contiene i principi della *federal prosecution* e, nello specifico, la 9.27.220 è rubricata *Grounds for commencing or declining prosecution*¹². Colpisce la specifica formula utilizzata dal documento, che raccomanda l'esercizio dell'azione penale quando il *prosecutor* ritenga che gli elementi acquisiti saranno probabilmente sufficienti a

¹¹ Fino al 2018, il documento era noto come United States' Attorneys' Manual. In tale data è stato completamente aggiornato e modificato, anche nel nome. Si tratta di un testo che non ha valore di legge, ma costituisce uno strumento interno al Dipartimento federale di giustizia, per tutti coloro che esercitano la funzione di US attorney e per i funzionari del Dipartimento stesso. La struttura del documento è ampia e riguarda anche procedimenti extra-penal, quali, tra gli altri, quelli civili, tributari, ambientali (ENRD, sia civili, sia penali), sui diritti civili, agrari

¹² Questo il testo: «The attorney for the government should commence or recommend federal prosecution if he/she believes that the person's conduct constitutes a federal offense, and that the admissible evidence will probably be sufficient to obtain and sustain a conviction, unless (1) the prosecution would serve no substantial federal interest; (2) the person is subject to effective prosecution in another jurisdiction; or (3) there exists an adequate non-criminal alternative to prosecution».

sostenere ed ottenere una condanna dell'imputato per un delitto federale, salvi i casi in cui: 1) ciò non avrebbe alcun interesse federale; 2) la persona (e i fatti) siano soggetti alla giurisdizione di altro Paese; 3) esista un'adeguata alternativa non punitiva all'esercizio dell'azione penale.

Se è vero che l'istanza discrezionale è principalmente veicolata dalla seconda parte della previsione, quella che reca le tre eccezioni – di cui la prima e la terza esprimono in modo evidente lo spazio valutativo libero affidato all'*attorney* – sorprende ritrovare nell'impianto di un sistema di *common law* la medesima regola che oggi presiede, nel nostro ordinamento, all'alternativa tra azione e inazione. Non vi è, infatti, migliore traduzione della formula impiegata dalla rule 9-27-220 che quella della 'ragionevole previsione di condanna', oggi contemplata dall'art. 408 c.p.p. Pur senza addentrarsi in un confronto che richiederebbe un approfondimento decisamente maggiore, si può cogliere nelle due locuzioni una coincidente prospettiva di proiezione prognostica verso l'esito del giudizio dibattimentale che, al netto delle numerosissime contingenze che caratterizzano il rito italiano e quello federale (prima tra tutte, l'impatto drasticamente differente dei riti negoziali), spinge l'accusatore a calarsi nella prospettiva del giudice dibattimentale¹³.

Anche in questo secondo esempio, dunque, si reperiscono elementi che avvicinano il processo penale italiano a criteri e strumenti tipicamente previsti da ordinamenti basati sul principio di piena discrezionalità dell'azione penale, spingendo verso l'interrogativo se la soglia della discrezionalità non sia già di fatto penetrata nel tessuto della giustizia penale italiana, attraverso prassi, ma anche istituti, progressivamente incorporati dalla realtà operativa¹⁴.

Insomma, al di là della statuizione costituzionale dell'art. 112 Cost., la *governance* dell'azione penale risponde di fatto, in Italia, ad un paradigma di discrezionalità? Con il riferimento alla *governance* si intende evocare una dimensione diversa da quella della 'politica dell'azione penale', intesa come orientamento generale e coerente del potere d'accusa, cui sottendono sensibilità e orientamenti eventualmente anche ideologici. A tale ultimo concetto possono ricondursi, per esempio, le dichiarazioni dell'attuale Ministro della Giustizia, di alcuni mesi fa, in merito al progetto di avviare il percorso di riforma costituzionale per la modifica dell'art. 112 Cost., al fine dell'esplicita previsione della discrezionalità, come strumento di deflazione dell'eccessivo carico penale (non del tutto in coerenza, volendo, con gli stimoli provenienti dall'ordinamento francese e poco sopra analizzati). Nella *governance* dell'azione penale – intesa allora come *management* organizzativo della funzione d'accusa, pur attraverso la legge materiale – invece, si sono

¹³ «Prosecutors therefore exercise their discretion to seek dismissal of criminal charges – and judges grant dismissal – where there is insufficient evidence to prove the case beyond a reasonable doubt or when other compelling circumstances call for dismissal»: Brief of Amici Curiae, a supporto del ricorrente nel caso Larry Thompson c. gli ufficiali di polizia Clark, Montefusco, Romano, Bouwman, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 2021, nel giudizio di impugnazione avverso la sentenza della corte d'appello del secondo circuito.

¹⁴ Esclude espressamente una correlazione causale tra criteri d'accusa basati sulla 'probable cause' e natura mista del modello processuale, J. DELLA TORRE, *La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria*, in *Leg. Pen.*, 19.7.2024, 20, che estende l'analisi anche ad altri sistemi di *common law*.

manifestate alcune recenti linee di intervento dagli effetti estremamente importanti. In primo luogo, seppur nell'apparente indifferenza generale, l'ordinamento si è dotato, formalmente, di un sistema di criteri per l'esercizio dell'azione penale. In secondo luogo – con clamore ben maggiore – si è profondamente mutato il parametro di esercizio dell'azione penale, attribuendovi espressamente una funzione deflativa che, invece, in precedenza (come aveva ricordato la Corte costituzionale n. 88/1991), non trovava cittadinanza nella disciplina codicistica dell'archiviazione. L'analisi qui avviata richiede di riflettere su ciascuno di questi punti più approfonditamente.

2. Nuovi spazi di *governance* dell'azione penale: i criteri di priorità.

Strumento di impatto potenzialmente epocale sulla *governance* dell'azione penale potrebbe essere la recente adozione di un articolato meccanismo di criteri di priorità¹⁵. Al di là delle note esperienze che da decenni si registrano nell'ambito dei poteri organizzativi dei titolari delle Procure della Repubblica¹⁶ - privi, in verità di un esplicito e specifico fondamento normativo¹⁷, per lo più riferibile a soluzioni per la trattazione dei procedimenti già iscritti nei ruoli degli uffici giudicanti - l'art. 1 co. 9, lett. i,¹⁸ della l. 134/2021 ha gettato le basi per un meccanismo non eccessivamente frammentato: la finalità è di rendere più effettivo l'esercizio dell'azione penale¹⁹, in un contesto normativo caratterizzato non solo dall'impossibilità di raggiungere una efficace depenalizzazione, ma dal continuo proliferare, giorno dopo giorno, di nuove fattispecie astratte di reato²⁰.

¹⁵ Nella 'tripartizione' proposta da F. PALAZZO, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, *Quest. G.* 2021, f. 2, 62 (criteri sostanziali – interni alla finalità della repressione penale, legati ai profili di offensività del fatto concreto; criteri processuali – interni alle finalità del processo, attinenti alla valutazione circa la possibilità di coltivare con successo l'ipotesi accusatoria; criteri esterni), quelli introdotti dalla recente 'riforma complessa' sono evidentemente criteri esterni.

¹⁶ Panorama utilmente ripercorso da F. CAPRIOLI, *I criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, tra 'delega Cartabia' e legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Cass. Pen.* 2024, 1429 s.

¹⁷ In questo senso P. FERRUA, *Criteri di priorità*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè 2021, p. 27.

¹⁸ i) prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti;

¹⁹ Il 'doppio binario', parlamentare e locale, di intervento in materia di criteri di priorità era da tempo stato individuato come il percorso più idoneo a fronteggiare l'insostenibilità della situazione esistente: M. Chiavario, *Ancora sull'azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, 136. V. già V. ZAGREBELSKY, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. Pen.* 1992, 3186.

²⁰ R. APRATI, *Criteri*, cit., 32: «le priorità rappresentano il miglior strumento possibile, perché nel bilanciare l'immediata esigibilità dell'obbligatorietà con la sua natura anche programmatica, sacrificano il meno possibile il primo aspetto».

Il parametro di delega si presentava piuttosto dettagliato e improntato ad un doppio regime di intervento, con una cornice normativa – attraverso la quale il Parlamento, unico soggetto legittimato a esprimere opzioni di politica criminale²¹, indica criteri generali²² – ed un profilo operativo, assegnato agli uffici delle Procure della Repubblica²³. In particolare, si individuava già chiaramente la necessità di integrare la nuova, esplicita, funzione di razionalizzazione dell'esercizio dell'azione penale con i meccanismi più tipicamente gestionali degli uffici, attraverso lo strumento del progetto organizzativo, la cui approvazione si intendeva allineare a quella delle tabelle.

2.1. I passaggi della riforma.

Ne è derivato un duplice intervento normativo, attraverso, innanzitutto, l'art. 13 della l. 71/2022, che ha modificato l'art. 1, co. 6 e 7, del d.lgs. 106/2006, prevedendo che le misure di attuazione dei criteri di priorità siano parte integrante del progetto organizzativo predisposto da ciascun Procuratore della Repubblica, «tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili». Inoltre, il d.lgs. 150/2022 ha introdotto, come noto, un meccanismo 'a doppia mandata', attraverso gli art. 3-bis e 127-bis n.att.c.p.p. Si tratta, infatti, di norme che agganciano la disciplina processuale alla nuova funzione assunta dai progetti organizzativi, affinché i criteri di priorità non rischino di rimanere lettera morta. Infatti, l'art. 3-bis ribadisce la necessità che la quotidiana e concreta gestione delle notizie di reato si conformi alle specifiche indicazioni del progetto organizzativo, mentre il 127-bis connette i criteri di priorità al potere di avocazione del Procuratore generale presso la Corte d'appello, prevedendo che l'esercizio di tale penetrante potere tenga conto dei criteri di priorità stabiliti dal singolo ufficio giudiziario. Certo, è stato fatto notare, la 'doppia mandata' avrebbe potuto essere più efficace se fossero state introdotte anche specifiche norme di coordinamento con i termini di durata delle indagini preliminari – prevedendosi, magari, dei tempi investigativi più lunghi per i fatti ritenuti non prioritari – e con la disciplina dell'iscrizione della notizia di reato, attraverso eventuali meccanismi sospensivi dell'obbligo, in relazione a casi, appunto, non prioritari... Un più capillare coordinamento avrebbe ridotto i possibili rischi di violazione dell'art. 112 Cost.²⁴, in termini di gestione sperequativa della funzione d'accusa, al di là della riconducibilità dei criteri ad un generale documento organizzativo.

²¹ P. FERRUA, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Verso quale modello processuale?*, in *Proc. Pen. Giust.* 2021, 1041.

²² La legge si configura come strumento più coerente con il panorama istituzionale in cui si inserisce il ruolo del pubblico ministero: F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1441.

²³ Con un equilibrio ritenuto, anche dai critici, preferibile rispetto alle precedenti proposte: N. Rossi, *I 'criteri di priorità' tra legge cornice e iniziativa delle procure*, in *Quest. G.* 2021, f. 4, 80.

²⁴ J. DELLA TORRE, *I criteri di priorità nella trattazione della notizia di reato e nell'esercizio dell'azione penale*, in T. Bene, M. BONTEMPELLI, L. LUPARIA DONATI, *Nuove dinamiche del procedimento penale. Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, vol. 2, Torino, 2024, 51 s.

In forza dell'art. 1 co. 7 del d.lgs. 106/2006, il suddetto progetto è predisposto ogni quattro anni, sulla base della previa audizione, da parte del Procuratore, del Presidente del tribunale, del Presidente della corte d'assise²⁵, del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati locale ed è approvato dal CSM²⁶, previo parere del Consiglio giudiziario, valutate altresì le eventuali osservazioni del Ministro della giustizia²⁷. Data la formulazione prescelta, i criteri di priorità sono diventati una componente essenziale del progetto organizzativo e devono essere stabiliti anche laddove il funzionamento quotidiano dell'ufficio non mostri eccessivi sovraccarichi. Anche in questo si produce l'effetto perequativo del nuovo meccanismo, che spinge pure le Procure che, in passato, non hanno mai avvertito la necessità di dotarsi di strumenti di priorità, a regolare, al pari di tutte le altre, la gestione di un'eventuale condizione di impossibilità di esercitare l'azione penale in tutti i casi oggi previsti dall'art. 407 *bis* c.p.p.

2.2. La natura organizzativa dei criteri.

Il non agevole compito affidato ai Procuratori della Repubblica risulta confinato all'interno di una serie piuttosto articolata di criteri e di indicatori.

Quanto ai criteri, essi sono stabiliti da una legge del Parlamento, generale e non periodica – come pur prospettatosi nella discussione che ha preceduto la promulgazione della legge di delega²⁸ – anche a tutela, come osservato da qualcuno, della indipendenza dei Procuratori, non costantemente soggetti alla possibile alternanza di forze politiche al potere²⁹. Un atto normativo di rango ordinario, che agevola una lettura ragionevolmente compatibile con l'art. 112 Cost., laddove posiziona i confini all'obbligo di esercizio dell'azione penale del singolo p.m. all'interno di una cornice omogenea, espressamente votata ad evitare disparità di trattamento («efficace ed uniforme esercizio dell'azione penale»), premura essenziale e universalmente condivisa, sottostante proprio al canone costituzionale di obbligatorietà. Per perseguire tale finalità, la legge del Parlamento non può tradursi, si osserva³⁰, in un mero elenco di fattispecie, non solo perché ciò finirebbe per produrre l'effetto di una tralatizia depenalizzazione, ma anche perché sottrarrebbe

²⁵ Essendo del resto necessario che, nella determinazione della gestione delle notizie di reato, sia considerato anche il dato relativo alle capacità di smaltimento delle richieste di fissazione da parte degli uffici giudicanti: F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1437.

²⁶ In controtendenza con l'orientamento, emerso nel 2006, e volto a garantire ai Procuratori un più ampio margine di manovra organizzativo: F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1433. Sulla 'metamorfosi' dei poteri del Procuratore, v. anche R. APRATI, *Criteri*, cit., 36 ss. Vale la pena ricordare come nella proposta della Commissione Lattanzi il CSM giocasse un ruolo rilevante anche nella fase propositiva dei criteri che, periodicamente, il Parlamento avrebbe adottato, con uno strumento non definito a priori.

²⁷ Procedura certamente non snella, come messo in luce dai commentatori: F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1432; J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 40.

²⁸ Nella proposta di legge delega redatta dalla commissione ministeriale presieduta da Giorgio Lattanzi, al Parlamento era attribuita una funzione di indirizzo periodico.

²⁹ J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 42. Sottolinea tale rischio, A. SPATARO, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *Quest. G.*, 2021, f. 4, 14 s.

³⁰ J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 44.

il necessario spazio di elasticità ai progetti organizzativi locali. In senso inverso, rischio ancor maggiore pare derivare dalla possibilità che lo strumento legislativo risulti così generico da dimostrarsi privo di qualsiasi effetto. Tra i commentatori si sono individuati diversi ordini di vincoli che possono esercitare la funzione di guida del Parlamento. Innanzitutto, quello sovranazionale, stante l'anelasticità dell'impegno di rango convenzionale o comunitario, a criminalizzare, ma anche a perseguire efficacemente, talune specifiche fattispecie di reato³¹. Inoltre, su un piano di pragmatismo processuale, tre circostanze possono ragionevolmente guidare il Parlamento in questo compito e, in particolare: la possibilità di definizione attraverso riti alternativi, sempre di stimolo a garantire precedenza; l'irreperibilità dell'indagato, di incentivo all'accantonamento; l'incombente rischio prescrittivo, oggi più di stimolo all'abbandono, se registrato in indagini preliminari, che di incentivo alla speditezza³². Certamente d'ausilio al legislatore sarebbe il criterio, già altrove suggerito, della proporzionalità intesa in senso lato: muovendo dal principio consacrato nell'art. 49 CDFUE, il concetto di proporzionalità può essere inteso rispetto non soltanto alla pena, ma all'intera risposta sanzionatoria al fatto astrattamente costitutivo di reato, per includervi anche l'attivazione della macchina processuale, attraverso l'esercizio dell'azione penale³³. La proporzionalità della risposta dell'ordinamento pare un utile e praticabile criterio generale, che ben potrebbe trovare, magari insieme ad altri, cittadinanza nella legge del Parlamento sui criteri di priorità.

Quanto agli indicatori inseriti del legislatore delegato all'interno dell'art. 1 co. 6 lett. b d.lgs. 106/2006, essi paiono fungere da ponte tra la legge del Parlamento e i singoli provvedimenti organizzativi locali, richiamando, innanzitutto, il numero di affari da trattare, la specifica realtà criminale territoriale³⁴, nonché l'utilizzo efficiente delle risorse.

Insomma, un quadro complessivo articolato e certamente innovativo sul piano della *governance* dell'azione penale, che ad oggi rimane, tuttavia, inaspettatamente acéfalo. Nonostante, infatti, una certa, già segnalata, reviviscenza dell'attenzione politica per il tema dell'azione penale, lo strumento più immediato – ovvero la presentazione alle Camere di un efficace d.d.l. per stabilire i criteri di esercizio – è stato pretermesso, a

³¹ V. ancora J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 45. In generale, in tema di obblighi di criminalizzazione, v., tra i molti, S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 1364 ss. Con riferimento più specifico alla effettività della risposta penale, basti qui richiamare la nota 'vicenda Taricco', che aveva visto la Corte di giustizia dell'Unione Europea fissare il proprio indice di valutazione proprio in relazione al maggiore o minore termine prescrittivo dei reati che tutelano l'interesse fiscale nazionale o comunitario (per una ricostruzione poliedrica della vicenda v. C. Amalfitano [a cura di], ...). Recentemente, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è spianta ad affermare che anche la natura, pubblica o privata dell'azione penale conseguente a specifiche categorie di reati violenti può determinare la violazione degli obblighi convenzionali stabiliti dall'art. 3 Cedu (v. L. Pressacco, *Azione penale privata e violenza domestica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2023, 1246 ss.).

³² J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 46.

³³ S. QUATTROCOLO, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè 2021, p. 196.

³⁴ Criterio più di altri a rischio di 'scivolamento' nel dominio delle scelte politiche, osserva F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1448. V. anche F. PALAZZO, *Sul pubblico ministero*, cit., 62.

favore di più declamatori ammiccamenti ad una modifica dell'art. 112 Cost. Al momento attuale, l'unico disegno di legge che risulta presentato in attuazione della l. 134/2021, ai fini della predisposizione dei criteri di priorità, è fermo al Senato (S-933)³⁵, presso la Commissione giustizia, ove l'ultima audizione parrebbe svolta nella primavera 2024. Si tratta di un testo criticato sotto numerosi profili, primo tra tutti quello della confusione tra i diversi piani – generale e di dettaglio, locale – introdotti con il duplice intervento legislativo riformatore; non meno condivisibili le perplessità che attengono alla vaghezza dei parametri indicati, quali la 'gravità dei fatti' e la 'offensività dei reati', il primo dei quali viene peraltro rapportato ad una dimensione di 'realtà criminale' (che, come accennato, dovrebbe rientrare nelle prerogative di indirizzo specifico dei singoli Procuratori), mentre il secondo risulta posto in relazione alla condotta della persona offesa.

Insomma, l'attenzione per il problema dell'azione penale da parte del Governo pare piuttosto superficiale, laddove un nuovo strumento di *governance* – seppur certamente perfettibile – rimane inesplorato nelle sue potenzialità, mentre sarebbe quantomeno opportuno lavorare ad un più preciso ed adeguato progetto di legge in materia³⁶, che garantisca anche un'armonica transizione tra preesistenti criteri locali di trattazione, sulla base dell'art. 132-bis n.att.c.p.p. e la nuova cornice generale prescritta dalla riforma³⁷.

2.3. Criteri e principi costituzionali.

A valle di questo incompleto *excursus* in materia di criteri di priorità, la domanda ineludibile riguarda la riconducibilità di questo primo strumento al canone della discrezionalità dell'azione penale, intesa come autonomia di valutazione del singolo magistrato inquirente, a fronte di una notizia che, per prendere a prestito la formula francese, «costituisce reato». Ebbene, in tale prospettiva, lo strumento dei criteri di priorità gemmato dalla previsione della l. 134/2021 non pare espressione di un autentico paradigma di discrezionalità³⁸. In primo luogo, tale meccanismo si sostanzia in criteri organizzativi – generali e particolari – che riguardano non espressamente l'esercizio dell'azione penale, quanto la complessiva allocazione delle risorse disponibili per l'espletamento della funzione di accusa. Sebbene, come già sottolineato, il coordinamento con la disciplina del flusso investigativo non risulti completa, la natura espressamente organizzativa dei criteri – che fanno parte del progetto di ogni Procura

³⁵ In argomento, v. F.A. ORLACCHIO, *Lo stato dell'arte sui criteri di priorità nell'azione penale: evoluzione storica e prospettive future*, in *Giustizia Insieme*, 16.7.2024, § 9.

³⁶ Sottolinea la naturale 'genesì ministeriale' della proposta di legge sui criteri di priorità, N. ROSSI, *I criteri di priorità*, cit., 80.

³⁷ J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 45.

³⁸ Parla di doverosità, quantomeno parziale, F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1439. Di opinione opposta, S. LONATI, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale: verso un sistema ad azione pilotata legislativamente?*, in *Arch. Pen.* 2023, f. 1, 24 ss., il quale ritiene che «a Costituzione invariata non vi è spazio per una discrezionalità seppure guidata da scelte legislative».

della Repubblica – incide su tutto l’arco delle indagini preliminari, tanto che sarebbe auspicabile, come accennato, anche un riflesso operativo in tema di iscrizione delle notizie di reato. Inoltre, sempre da tale collocazione ordinamentale discende, per un verso, la non facoltatività della previsione dei criteri di priorità, che tutti gli uffici devono predisporre, anche se, come visto, non oberati da sovraccarico, riducendo le differenze territoriali e rendendo trasparente l’assetto organizzativo³⁹. Per altro verso, consegue da tale quadro anche il vincolo di uniformazione da parte del singolo sostituto procuratore – ribadito dagli artt. 3-*bis* e 127-*bis* n.att. c.p.p – ai criteri predisposti dall’ufficio, ad esclusione di quella ‘autonomia di valutazione’, sopra evocata, che pare costituire un elemento caratterizzante della discrezionalità. In estrema sintesi, quindi, lo strumento analizzato non pare potersi considerare emblematico di un regime di discrezionalità dell’azione penale, poiché non esprime, quantomeno in termini formali, un’opzione di non adesione del singolo magistrato alle indicazioni del progetto organizzativo⁴⁰ che, anzi, assurgono a criterio guida per l’esercizio del potere di avocazione.

Se non espressivi del paradigma della discrezionalità, devono i criteri di priorità considerarsi comunque sintomi di erosione del principio di obbligatorietà, espresso dal sistema delle fonti costituzionali? Premesso che, come già ricordato, l’idea di criteri di priorità nasce da un eccessivo e disfunzionale ricorso allo strumento penale, la prospettiva di un meccanismo ‘a due velocità’, generale, con i criteri del Parlamento, e particolare, con il progetto organizzativo di ciascuna Procura, sembra poter in realtà gettare la basi per rafforzare i due pilastri essenziali dell’obbligatorietà⁴¹, ovvero la non sperequazione nel trattamento dei cittadini e l’indipendenza istituzionale della funzione d’accusa.

3. (Segue) L’archiviazione per mancanza di ragionevole previsione di condanna.

Altro penetrante strumento di *governance* dell’azione penale, recentemente introdotto dal legislatore, è il nuovo criterio valutativo inserito nell’art. 408 (ma anche 425 co. 3) c.p.p.⁴²

Si tratta di tema che ha immediatamente intercettato l’attenzione dei protagonisti della giustizia penale, con particolare riguardo alla nuova regola di giudizio dell’udienza preliminare, poi quasi naturalmente rifluita, a monte, a sconvolgere proprio il panorama dell’esercizio dell’azione penale.

³⁹ V. F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit., 1442: «La violazione dell’obbligo costituzionale è frutto della sua concreta inesigibilità: la previsione dei criteri di priorità non ne è certamente la causa, e neppure la soluzione, ma solo un tentativo di governare nella maniera più razionale – e più rispettosa del principio di eguaglianza – quel grave deficit di effettività».

⁴⁰ R. APRATI, *Criteri*, cit., 31

⁴¹ Lo strumento delle priorità va certamente interpretato in sinergia con altri interventi di tipo organizzativo, volti all’aumento delle risorse, in assenza dei quali l’esito potrebbe essere un indesiderato scivolamento proprio oltre i confini del canone costituzionale dell’art. 112: J. DELLA TORRE, *I criteri*, cit., 63.

⁴² Preme sottolineare come F. CAPRIOLI, *I criteri*, cit. 1446, s., individui il canone della ragionevole previsione di condanna quale ‘meta-criterio’ in materia, appunto, di priorità nella trattazione delle notizie di reato.

Il criterio della ragionevole previsione di condanna - già evocato in queste pagine, poiché richiamato dal *Justice Manual* per i *federal attorneys* americani - ha visto la sua genesi nell'approfondita e tormentata discussione sulla funzione della udienza preliminare, che ha rappresentato uno dei maggiori capitoli della recente riforma del processo penale. A partire dai lavori della commissione ministeriale per la predisposizione della legge di delega, la sorte dell'udienza preliminare ha rappresentato l'elemento chiave che ha riverberato i suoi effetti in tutte le direzioni, a valle ma anche a monte dell'esercizio dell'azione penale. Questa è la limitata prospettiva in cui è possibile occuparsi qui dell'argomento - vastissimo e trattato in maniera completa, ormai in numerosi scritti - attraverso, cioè, le specifiche lenti dell'esercizio della funzione di accusa.

3.1. Dalla legge di delega al nuovo art. 408 c.p.p.

Sciolto il dubbio, nemmeno troppo provocatorio, tra abolizione e mantenimento dell'udienza⁴³ dell'art. 419 c.p.p., la priorità del recente percorso riformatore, iniziato con la proposta di legge delega della commissione Lattanzi, è stata quella di individuare una formula valutativa che restituisse alla sentenza di non luogo a procedere la funzione di filtro che mai aveva davvero esercitato⁴⁴ - per diversi ordini di ragioni⁴⁵ - nei primi trent'anni di vita del codice di procedura penale. La secca locuzione suggerita dall'articolato Lattanzi⁴⁶ era stata sostituita, già nella legge di delega (art. 1 co. 9 lett. m), dalla quella, più elastica, della «ragionevole previsione di condanna», estesa dalla lett. a dello stesso comma anche all'art. 408 c.p.p., ai fini della formulazione della richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato (con conseguente *abolitio* dell'art. 125 n.att.c.p.p.).

L'automatico parallelismo, nel testo della riforma, tra regola di giudizio dell'udienza preliminare⁴⁷ (e predibattimentale) e criterio di archiviazione (per infondatezza della notizia di reato, come ancora recita l'art. 408 c.p.p.)⁴⁸ è disceso dall'esperienza, maturata in passato, che aveva messo in luce l'urgenza di allineare i parametri terminativi dell'indagine e dell'udienza preliminare e su cui si tornerà successivamente. Nell'indiscutibile simmetria tra i due momenti valutativi, maggior attenzione si è concentrata, dunque, sulla regola di giudizio che pone fine, *rebus sic*

⁴³ Nota è la penetrante analisi di M. DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. Pen.* 2020, f. 1., 132 ss.

⁴⁴ Prima ancora che le prassi potessero darne incontrovertibile conferma, O. DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in AA.VV., *L'udienza preliminare*, Giuffrè, 1992, 76 s., già preconizzava «risultati minimi» per la funzione di filtro assegnata al nuovo istituto.

⁴⁵ Per una realistica ricostruzione, anche basata su dati statistici v., M. GIALUZ- J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, Torino, 2022, 102 ss. V. anche G. LEO, *La regola*, cit., 85. In generale, rimane di riferimento F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzione*, Giuffrè 2007, spec. 95 ss.

⁴⁶ Testualmente: «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono tali da determinare la condanna».

⁴⁷ Sull'impiego del termine, v. M. DANIELE, *L'abolizione*, cit., 132.

⁴⁸ Sottolinea l'inopportunità di tale mantenimento, G. LEO, *La regola*, cit., 86.

stantibus, al processo, all'esito dell'udienza preliminare. La metafora medica prognosi/diagnosi ha polarizzato le posizioni di acuti commentatori, con ampiezza di argomenti, tutti molto interessati e convincenti, circa i rinnovati equilibri tra fasi del procedimento, cui, in questa sede, si possono dedicare solo brevi cenni, tra le righe che seguiranno⁴⁹. Non minore attenzione merita, però, l'impatto che il medesimo criterio valutativo può produrre alla fine delle indagini preliminari, nell'alternativa tra azione ed inazione.

Per le ragioni già ricordate, può darsi per assodato che il criterio della ragionevole previsione di condanna è stato introdotto per riuscire finalmente a rendere selettiva e deflativa l'udienza preliminare. La formula viene confezionata per finalità di riduzione del carico dibattimentale, anche in relazione all'elevato tasso di proscioglimenti e, in particolare, di assoluzioni dibattimentali che caratterizza il nostro ordinamento⁵⁰, non soltanto in relazione ai procedimenti *ex art. 552 c.p.p.* (per i quali si è ritenuto necessario introdurre proprio un filtro, in precedenza mancante). Posta questa premessa, la volontà di mantenere il parallelismo tra azione penale e rinvio a giudizio, applicando la medesima regola non può che far segnare il declino definitivo del paradigma fondato sulla scorta dell'autorevole presa di posizione della Corte costituzionale, la quale nella fondamentale sentenza 88/1991, aveva escluso che il criterio dell'archiviazione per infondatezza della notizia di reato rivestisse una funzione deflativa, certificando l'esistenza di un *favor actionis* nel sistema processuale, allora appena entrato in vigore. La giustapposizione di un criterio, invece, volutamente deflativo⁵¹, come quello della ragionevole previsione di condanna, è destinato a sancire il volto 'efficientistico' dell'istituto dell'archiviazione⁵² e ci impone, dunque, di formulare la medesima domanda già avanzata con riguardo ai criteri di priorità. E' la nuova regola dell'art. 408 c.p.p. espressione di discrezionalità, intesa, come visto sopra, nel senso di un'autonomia di valutazione da parte del singolo magistrato del p.m., estranea a interessi collettivi e generali di rango legislativo?

⁴⁹ Per una interpretazione in senso diagnostico – ovvero basata sulla rigorosa autosufficienza degli atti di indagine (o dell'udienza preliminare) a fondare la valutazione di prevedibilità della condanna – v., tra gli altri, G. VARRASO, *Azione e inazione penale dopo il d.lgs. n. 150 del 2022 (legge "Cartabia")*, in *Arch. Pen.* 2024, f. 2, 23; S. LONATI, *L'udienza preliminare*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 715; D. NEGRI, in *L'avvenire del processo penale: tre voci a confronto. Intervista di Paolo Ferrua a Marcello Daniele, Daniele Negri e Sergio Lorusso*, in *Leg. Pen.*, 10.4.2021, 17 s. Nel senso della prognosi, orientata non al 'giudizio storico' bensì al probabile quadro finale delle risultanze, tra gli altri, E. AMODIO, *Filtro 'intraneo' e filtro 'estraneo' nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. Pen.*, 2022, 17 ss.; R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sist. Pen.*, 23.7.2021, 17 ss.; T. RAFARACI, *Archiviazione*, cit., 161; G. LEO, *La regola*, cit., 87 ss.; J. DELLA TORRE, *La ragionevole*, 30 ss., il quale afferma che una interpretazione puramente diagnostica del nuovo standard dell'art. 408 c.p.p. solleverebbe certamente profili di contrarietà all'art. 112 Cost.

⁵⁰ V. i dati e i grafici riportati da M. GIALUZ- J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, cit., spec. 103 ss.

⁵¹ In questo senso anche la relazione di accompagnamento alla proposta della Commissione Lattanzi, in *Leg. Pen.*, 16 s.

⁵² Ne riconosce apertamente la funzione deflativa R.E. KOSTORIS, *Predizione decisoria*, cit., 15. Non si è fatta attendere nemmeno una rinnovata presa di posizione della Corte costituzionale che, con la sente. 41/2024 ha riconosciuto la necessità di considerare il processo penale una riscorsa scarsa, in antitesi con quella risalente indicazione per il *favor actionis*, appunto.

3.2 Standard valutativi identici.

A rischio di sfiorare l'ovvietà, non si può non ricordare che, all'interno di uno schema procedimentale che vuole sempre l'istanza archiviativa sottoposta al controllo giurisdizionale, l'autonomia valutativa del magistrato inquirente non è mai totale, poiché sempre sottoposta alla verifica del giudice per le indagini preliminari. Certo, anche all'interno di tale schema, è la natura del criterio valutativo applicato a rendere più o meno penetrante il controllo giurisdizionale sull'inazione. Per questa ragione occorre addentrarsi, seppur brevemente, nel significato da attribuirsi al postulato della ragionevole previsione di condanna.

In letteratura, alcuni autori hanno escluso che la novella rappresenti uno scivolamento nella discrezionalità o, comunque, una erosione del principio di obbligatorietà⁵³. Altri, con una lettura assai interessante, hanno sottolineato come una serie di interventi operati alla riforma sul tessuto del codice – a partire dalla definizione di notizia di reato ai fini dell'obbligo di iscrizione, passando proprio per la doppia regola della ragionevole previsione di condanna – abbiano in realtà garantito una maggiore aderenza degli sviluppi del procedimento alla fattispecie astratta intesa in senso penalistico⁵⁴: le nuove formule imporrebbero, ad ogni passaggio, un raffronto più attento con tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, proprio nell'ottica di una più puntuale capacità dimostrativa di tutti gli elementi costitutivi, in sede dibattimentale.

Tuttavia, lo specifico segmento procedimentale che sfocia nella richiesta di archiviazione e il materiale sul quale si concentra la verifica del g.i.p. spingono a ritenere che la previsione di ragionevole condanna, alla fine delle indagini preliminari, sconti inevitabilmente una dose di soggettività, nella ricostruzione dei fatti svolta dal p.m., che difficilmente può essere riscontrata in senso contrario. Ricordato che la richiesta di archiviazione mira a un provvedimento liberatorio il quale, in linea generale, non dovrebbe comportare effetti negativi per la persona sottoposta alle indagini⁵⁵, si possono muovere due ordini di osservazioni. Per un verso, si preconizza⁵⁶, la nuova formula, ancora una volta, priva di parametri oggettivi di misurazione, potrebbe non essere in grado di produrre l'auspicato effetto deflativo, per via degli amplissimi margini interpretativi che essa sconta, fino a poter essere, eventualmente assimilata a quella previgente. Per altro verso, la previsione di ragionevole condanna al termine di un'indagine, più o meno lunga, interamente diretta dal p.m., potenzialmente priva di

⁵³ T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. Pen. Proc.* 2023, 162 ss.; J. DELLA TORRE, *La ragionevole*, cit., 25.

⁵⁴ V. MAIELLO, *Indagini e udienza preliminare nello specchio della legalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, pp. 627 ss.

⁵⁵ Tale osservazione, evidente ma non scontata, contribuisce a mantenere l'esito dell'operazione di riforma all'interno dei parametri costituzionale dell'art. 112: J. DELLA TORRE, *La ragionevole*, cit., 23.

⁵⁶ P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *disCrimen*, 9.12.2021, 2; L. MARAFIOTI, *Processo penale, incertezza e fastidio*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 22.11.2022; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, *disCrimen*, 16.7.2021, 2.

qualsiasi momento di confronto con la difesa o con altri soggetti, come la persona offesa, può certamente portare a far apparire non ragionevole la prospettiva di condanna, sol perché il p.m. non è riuscito a (o, ipoteticamente, non ha voluto?) individuare adeguatamente altri filoni investigativi.

La medesima valutazione, di ragionevole previsione di condanna, convince – nella sua specifica funzione deflativa – quando operata all’esito dell’udienza preliminare, ovvero a valle del contraddittorio ivi specificamente previsto, pur edulcorato da un ruolo non ancora del tutto pieno della difesa, perché dimostra come gli elementi raccolti del p.m. non lascino intravedere un ragionevole sviluppo verso un esito di condanna⁵⁷. Al contrario, collocata in conclusione delle indagini, quale spartiacque tra azione ed inazione, la ragionevole previsione di condanna rischia di sottrarre al processo – fosse anche solo nel suo passaggio preliminare, ovvero l’udienza fissata *ex art.* 416 c.p.p. – troppi fatti: un’arbitraria valutazione di infondatezza della notizia di reato, per assenza di ragionevole previsione di condanna dovuta ad un’indagine erroneamente direzionata, difficilmente potrà essere intercettata dal dubbio del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione, poiché questi dispone, in prima battuta, solo degli atti contenuti, appunto, nel fascicolo delle indagini preliminari.

Se è incontestabile che la recente riforma abbia finito per ‘cristallizzare’ la necessaria dimensione di completezza delle indagini preliminari⁵⁸, l’udienza preliminare può ancora rappresentare – in base alla strategia della difesa dell’imputato e della persona offesa/parte civile – un arricchimento del quadro conoscitivo⁵⁹, garantendo un senso più compiuto al contraddittorio dell’udienza preliminare: se l’effetto della novella fosse quello di un considerevole aumento delle pronunce di proscioglimento in udienza preliminare, la difesa ne risulterebbe certamente invogliata ad anticipare certe mosse difensive, tradizionalmente riservate al dibattimento. Insomma, fermo lo standard della ragionevole previsione di condanna, l’esito del contraddittorio in udienza preliminare può offrire elementi più completi a quella valutazione, consentendo di mantenere nell’alveo del processo – che si svilupperà poi pienamente solo nel giudizio – fatti che, altrimenti, rischierebbero di essere inistradati, iniquamente (o proditoriamente), verso l’archivio. Ciò, naturalmente, solo a condizione che il p.m. abbia esercitato l’azione penale, non vincolato da un filtro troppo stingente.

Ne consegue che la nuova regola di esercizio dell’azione penale, se non apertamente espressione di discrezionalità, accentua indubbiamente l’autonomia valutativa del singolo magistrato inquirente⁶⁰, soprattutto riducendo i margini di

⁵⁷ Già nella vigenza della formula originaria della regola di giudizio, D. MANZIONE, *sub art.* 425 c.p.p., in M. CHIAVARIO, *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, 662, affermava che il materiale valutato in udienza preliminare (al tempo assai meno ampio) assume «la medesima rilevanza che riveste la ‘prova’ formata nel giudizio», dovendo il gup pronunciare il proscioglimento quando sia possibile pervenire ad un convincimento di estraneità dell’imputato ai fatti contestati.

⁵⁸ J. DELLA TORRE, *La ragionevole*, cit., 17 ss.

⁵⁹ Estremamente critico sull’effetto che la nuova regola di giudizio dell’udienza preliminare è destinato a giocare sulla funzione delle indagini preliminari, in rapporto con il dibattimento, F. MORELLI, *Osservazioni critiche sulla funzione dell’indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *Sist. pen.* 2023, f. 5, 23 ss.

⁶⁰ V. espressamente S. DE FLAMINEIS, *La valutazione*, cit., 13.

controllo giurisdizionale sull'inazione ed erodendo il principio di obbligatorietà, inteso come garanzia di trattamento non sperequativo dei cittadini.

A fronte di questa aporia, conviene allora domandarsi se il parallelismo tra regola di valutazione archiviativa e di proscioglimento in udienza preliminare debba necessariamente perpetuarsi.

3.3 È possibile un primo criterio che 'filtra meno'?

La precedente esperienza di diversificazione degli standard valutativi tra indagini e udienza preliminare, che aveva imposto un ennesimo intervento sull'art. 425 c.p.p., era dovuta, in verità, ad una paradossale incoerenza, in forza della quale la regola archiviativa 'filtrava' di più di quanto non 'filtrasse' quella della sentenza di non luogo a procedere. Infatti, l'asimmetria derivante dall'impiego, nel solo dell'art. 425 c.p.p. del riferimento alla 'evidenza', rendeva più selettivo il parametro di infondatezza della notizia di reato degli artt. 408 c.p.p. e 125 n.att.c.p.p., che bloccava tutte le ipotesi di inidoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio, non solo quelle 'evidentemente' inadeguate a sostenere l'accusa, mentre la sentenza di non luogo a procedere, al termine dell'udienza preliminare, opponeva un filtro paradossalmente più lasco, idoneo solo a fermare le ipotesi di evidente infondatezza, declinata nelle formule specificamente richiamate dal testo allora vigente dell'art. 425 co. 1 c.p.p.⁶¹

Al di fuori di quella specifica, superata, situazione, ben si potrebbe immaginare un filtro meno stringente in sede di esercizio dell'azione penale, che lasci confluire all'udienza preliminare più casi, per imporre poi un setaccio più restrittivo all'esito del contraddittorio, pur imperfetto, dell'udienza preliminare. Ciò che è imprescindibile non pare tanto l'identità di standard valutativi tra i due momenti, quanto la maggior selettività del secondo filtro, mentre non pare determinare problemi logico-strutturali la presenza di una prima selezione meno restrittiva. Una simile soluzione consentirebbe più ampi margini di controllo giurisdizionale attraverso il passaggio al vaglio dell'udienza preliminare – oggi ricca di spunti di confronto e, anche, di arricchimento 'probatorio' - riducendo il rischio di gestione sperequativa del potere d'accusa, che può produrre situazioni antitetiche alle garanzie che ispirano l'art. 112 Cost. In questo modo, continuerebbe a trovare spazio la lettura di *favor actionis* tradizionalmente sottesa all'art. 112 Cost.⁶², per non sottrarre spazio proprio al controllo, non solo giurisdizionale, ma pienamente contraddittorio, che rappresenta più che un semplice contrafforte al sistema costituito da obbligatorietà dell'azione penale e principio di eguaglianza degli individui di fronte alla legge. Oggi, del resto, l'art. 112 si salda all'art. 111 Cost. in cui la giurisdizione ha pieno connotato *adversary*. Ciò fa preferire, ove possibile, un controllo

⁶¹ V. ancora D. MANZIO, *sub art. 425 c.p.p.*, cit., 664.

⁶² In questo senso, S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 642, secondo il quale l'art. 112 Cost. continua a promuovere tale canone, che mal tollera un criterio di inazione basato sulla impossibilità di prevedere un esito condannatorio del giudizio.

che si svolga sempre in un contraddittorio effettivo e non solo eventuale, come accade nel meccanismo che si avvia con la richiesta di archiviazione⁶³. Tale contraddittorio effettivo, se pur non probatorio, giustifica poi la più rigida regola di giudizio dell'art. 425 co. 3 c.p.p. Infatti, vagliare il materiale accusatorio all'esito di una fase in cui il confronto pieno con l'attività probatoria difensiva non c'è ancora stato dà senso al concetto di superfluità del processo: se il materiale non pare idoneo alla ragionevole previsione di condanna già prima dello scontro dibattimentale⁶⁴ – in cui la difesa si sentirà libera di giocare appieno tutte le proprie *chances* – allora il dibattimento deve considerarsi superfluo⁶⁵. In questa prospettiva, si coglie il limite del voler ricondurre necessariamente il nuovo standard valutativo ai paradigmi (apparentemente contrapposti)⁶⁶ di diagnosi e prognosi, i quali rischiano di ridurre la portata concreta che gli standard di valutazione in commento possono giocare: anche a negare la condivisibilità della proposta qui avanzata, di diversificazione dei due parametri, di inazione e di proscioglimento, pare evidente che il precipitato ultimo dell'obiettivo della riforma si esprima nel tentativo di superare l'approccio pragmatico, purtroppo frequente, di passiva devoluzione al giudice della fase successiva del destino del procedimento. Sulla scia dell'effetto 'espansivo' del canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, collocato all'esito del giudizio dibattimentale, è stata da tempo suggerita una funzione di criterio orientativo (e non sostitutivo) del medesimo anche per le valutazioni prognostiche intermedie⁶⁷, in modo tale da coinvolgere tutti i protagonisti dell'avanzare del procedimento nella gestione di quel 'bene scarso' che la Corte costituzionale ci ricorda essere la giustizia penale. Senza arbitrarie sovrapposizioni di criteri valutativi, senza fughe in avanti che attribuiscono ai provvedimenti giurisdizionali effetti non previsti dalla legge⁶⁸, l'ottica nella quale il nuovo standard della ragionevole previsione di condanna deve essere letto è certamente quello della necessaria interdipendenza dei passaggi procedurali, che non possono rimanere confinati al di fuori della cornice complessiva dell'attività processuale, appunto volta alla verifica, al di là di ogni ragionevole dubbio, della fondatezza dell'accusa.

⁶³ Il filtro sull'inazione, infatti, «funziona solo se e quando il pubblico ministero decide di attivarlo»: M. CERESA-GASTALDO, *Tra indagini e processo*, in Aa.Vv., *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura* (a cura di D. Castronuovo e D. Negri), Napoli, 2023, 508.

⁶⁴ Si vedano le considerazioni di M. DANIELE, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sist. Pen.*, 16.1.2023, 11.

⁶⁵ In questo senso G. LEO, *La regola*, cit., 90.

⁶⁶ Si ricorda, piuttosto, che nel contesto medico e logico, diagnosi e prognosi si distinguono in quanto fenomeno esclusivamente cognitivo, il primo, e decisorio, il secondo (volendo, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Cham, 2020, 103).

⁶⁷ In questo senso, G. CANZIO, *L'“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv.It. Dir. Proc. Pen.* 2004, 305; v. anche J. DELLA TORRE, *La ragionevole*, cit., 34 s.

⁶⁸ Ritiene condivisibilmente sovrastimato l'impatto stigmatizzante attribuito al decreto di rinvio a giudizio dal nuovo standard dell'art. 425 co. 3 c.p.p. G. LEO, *La regola*, cit., 89.

4. Cenni conclusivi.

In conclusione di questa breve e necessariamente parziale riflessione – che tocca alcuni tra i temi più strenuamente dibattuti dell’intera, recente riforma della giustizia penale – occorre provare ad esprimere un’opinione circa il quesito di fondo, dal quale si sono prese le mosse.

Assunto ineludibile è che il percorso fin qui svolto ha evidenziato numerosi indici di allontanamento dal paradigma rigido dell’obbligatorietà dell’azione penale. Da decenni, la realtà ci consegna un quadro che non risponde alla laconica formula scelta dai Costituenti. Del resto, è semplice osservare che altro non sarebbe potuto accadere, giacchè l’azione penale nota ai membri della Commissione dei 75 ha completamente cambiato fisionomia, è qualcosa di oggi estremamente diverso, tanto per via delle scelte di fondo del codice del 1988, quanto per il mutare della funzione sociale della giustizia penale in questi decenni⁶⁹. Senza voler essere retorici, né proporre palesi truffe delle etichette, si può tuttavia affermare che l’attenzione prestata a tutti i livelli degli operatori della giustizia - dal legislatore, alla Corte costituzionale, dagli interpreti, alla dottrina - ai valori sottesi all’esercizio dell’azione penale dimostra che il nostro ordinamento non ha ceduto, per erosione, al paradigma della discrezionalità, della opportunità, intesa come neutralità dell’ordinamento rispetto alle finalità con cui lo strumento d’accusa viene utilizzato dai singoli magistrati. La faticosa esperienza della *governance* dell’azione penale – o, quantomeno, degli sforzi per stabilire una *governance* dell’azione penale che sia compatibile con il principio dell’art. 112 Cost.- sembra confermare quanto Mario Chiavario ci ricordava giù molto tempo fa: l’azione penale non è un mito, ma è uno strumento per combattere fattori «di privilegio, di discriminazione, di turbamento dei rapporti interpersonali»⁷⁰. E’ cambiata la società italiana, è cambiato il processo penale, è mutata l’azione penale ma due cose non sono mai cambiate, dai giorni in cui quella mirabile formula fu scolpita. Non è cambiato, ahinoi, l’impianto di fondo del sistema penale italiano, che a fatica si regge, *rectius*, sorregge, sullo scheletro di un codice penale del tutto inadeguato ai tempi moderni, cui si aggrappano, ogni giorno, sempre più nuove fattispecie, inserite nella legislazione speciale o nel codice stesso. Altresì non sono mai cambiati, fortunatamente per noi cittadini, i valori che hanno ispirato i Costituenti: continuiamo a riconoscerli chiaramente, tutti, vividi e sempre più necessari, nonostante i profondi cambiamenti, già ricordati, di questa società. Il rischio della sperequazione – verso gruppi o singoli individui – il pericolo di creare o perpetuare disuguaglianze ingiustificate è sempre più evidente e tocca a tutti noi continuare a dare valore a quel precetto, smettendo di considerarlo un mito, per farne uno strumento quotidiano di giustizia.

⁶⁹ Volendo, S. QUATTROCOLO, *Tenuità e irrilevanza*, cit., 192 s.

⁷⁰ M. CHIAVARIO, *Azione penale e archiviazione: quali controlli?*, in Id., *L’azione penale tra diritto e politica*, cit., pagg. 81 e 75.