



Classificazione Decimale Dewey:

345.4507 (23.) PROCESSO PENALE. ITALIA

IVAN BORASI

IL PROCESSO PENALE DOPO LA RIFORMA ASPETTI INTERDISCIPLINARI

Prefazione di

ROBERTA CASIRAGHI

Postfazione di

PAOLO VENEZIANI

Postilla di

MAURO PALADINI





©

ISBN
979-12-218-1134-6

PRIMA EDIZIONE
ROMA 31 GENNAIO 2024

INDICE

- 7 *Prefazione*
di ROBERTA CASIRAGHI
- 11 *Capitolo I*
Le “prognosi” di accertamento
1.1. Non liquet, 23 – 1.1.1. *Iscrizione nominativa*, 28 – 1.1.2. *Ragionevole previsione di condanna*, 30 – 1.2. Potenzialità di danno, 35 – 1.2.1. *Statuizione generica*, 37 – 1.2.2. *Restituzioni e risarcimento in forma specifica*, 42 – 1.3. Processo penale e PNRR, 47 – Conclusioni, 61 – Letteratura, 62.
- 73 *Capitolo II*
Le “alterità” di pena
2.1. Pena e PNRR, 82 – 2.2. Retribuzione, 89 – 2.3. Punibilità, 94 – 2.4. Perdono, 105 – Conclusioni, 108 – Letteratura, 109.
- 117 *Postfazione*
di PAOLO VENEZIANI
- 121 *Postilla*
di MAURO PALADINI

PREFAZIONE

Indubbiamente la Riforma Cartabia ha inciso in misura considerevole sul processo penale e, in generale, sulla giustizia penale, sottoponendo quest'ultima a un criterio di economia finora sconosciuto: è noto il collegamento al PNRR e a quella finalità di ridurre del 25% la durata dei processi. In altre parole, l'obiettivo è contenere i tempi della giustizia. Uno scopo ambizioso ma, si è detto, necessario per ottenere i fondi europei: e, così, diritto penale e processo diventano un'endiadi, funzionalmente volto a perseguire una logica efficientistica che mira, in ultimo, a diminuire il numero dei processi che arrivano al dibattimento: fra i molti istituti novellati in questa direzione, si rammentano, a titolo esemplificativo, la nuova regola di giudizio che opera in sede di archiviazione e di udienza preliminare, la nuova udienza di comparizione predibattimentale in caso di citazione diretta innanzi al tribunale monocratico, l'ampliamento dei reati per i quali può essere chiesta la sospensione del procedimento con messa alla prova, i nuovi benefici premiali previsti in caso di svolgimento del giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'ampliamento dei reati procedibili a querela, le ipotesi di remissione tacita della querela per esito positivo del percorso di *reparative justice*.

Se alcune scelte legislative possono essere condivisibili, ciò che preoccupa è che alla "efficienza" – parola chiave della riforma Cartabia – è, quasi meccanicisticamente, affiancato il concetto di "celerità", con la

conseguenza che la prima è diretta esclusivamente alla finalità di ottenere una rapida chiusura delle attività processuali. Si oblitera così come l'efficienza della giustizia penale non possa astrarre dalla finalità cognitiva e dal rispetto delle garanzie processuali che connotano il nostro processo penale. D'altra parte, che la celerità *tout court* non sia un connotato del processo penale emerge già dall'art. 111 comma 2 Cost., il quale non pretende che il processo abbia una durata breve, bensì una "durata ragionevole", locuzione in cui con la nozione di "ragionevolezza" si pretende che il far presto debba bilanciarsi con il far bene, cosicché, come rammenta la Corte costituzionale, "un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale ne sia la durata".

Se, dunque, questo è il punto di osservazione da cui occorre saggiare la bontà della Riforma, l'opera di Ivan Borasi offre una serie di interessanti spunti, ruotanti tutti intorno alla «logica delle garanzie *adversary* accusatorie», con il conseguente riconoscimento di un ruolo centrale alla figura dell'imputato e alle fondamentali garanzie allo stesso riconosciute: tanto per citarne alcune, dal valore indeclinabile della presunzione d'innocenza al *favor rei*; dalla corretta delimitazione del principio del libero convincimento (mai degradabile a livello dell'intimo convincimento) al *nemo tenetur se detegere*.

Per questioni di spazio, non possono essere affrontate le numerose riflessioni che la lettura del libro suscita. Mi preme però sottolineare alcune questioni, alcune anche critiche verso le attuali tendenze della giustizia penale. Anzitutto, con un'analisi che oltrepassa l'attuale intervento riformatore e si focalizza su una tendenza ormai generalmente rinvenibile in diverse fonti normative, il ruolo centrale dell'imputato porta a rifuggire da una concezione del processo in chiave vittimocentrica. D'altra parte, anche la costituzione di parte civile e la contemporanea compatibilità di quest'ultima ad assumere il ruolo di testimone stonano tanto con le garanzie processuali che connotano un processo equo e giusto (a risulterne compromessa è, infatti, la parità delle armi, poiché si consente a una parte di offrire un contributo qualitativamente migliore, ottenuto con modalità – quali l'obbligo di verità e, ancora prima, l'obbligo di sottoporsi all'esame – attributive di un più alto tasso di attendibilità, cosicché viene minata quella simmetria ai sensi della quale ciascuna parte deve vedersi

offrire una possibilità ragionevole di presentare le proprie ragioni in condizioni che non la collochino in situazione di netto svantaggio in relazione alla controparte) quanto con le garanzie epistemiche, considerato che l'enunciato fattuale delle parti costituisce il rispettivo *thema probandum* che deve essere verificato attraverso *altri* enunciati fattuali, scaturenti dall'attività probatoria, presupponendosi dunque una distinzione netta fra *quid probandum* e *quid probatum*.

Sempre in un'ottica di salvaguardia della posizione del soggetto prima imputato e poi, eventualmente, condannato, non può che essere condivisa l'opera laddove riduce lo *status detentionis* (sia esso derivante da una misura cautelare o dall'esecuzione della pena detentiva) a *extrema ratio*. Questa concezione, almeno teoricamente, trova qualche riscontro (almeno con riguardo al sistema sanzionatorio) anche nella Riforma Cartabia, ove la disciplina delle pene sostitutive mirava proprio, riportando le parole dell'allora Ministra della Giustizia Cartabia, a un «superamento dell'idea del carcere come unica effettiva risposta al reato». Peraltro, nonostante qualche passo avanti sia stato indubbiamente compiuto, il “nuovo” sistema sanzionatorio calato nella complessiva dimensione della giustizia penale tradisce le attese: almeno per la fascia più alta delle pene detentive brevi, l'aspettativa sottaciuta dal riformatore sarebbe, al contrario, quello di un incremento del ricorso della detenzione domiciliare e della semilibertà (misure comunque detentive), a scapito dell'affidamento in prova ai servizi sociali (misura invece priva di contenuto detentivo), cosicché si può dubitare che la nuova disciplina rappresenti una vera svolta rispetto alla logica carcero-centrica. Ecco, dunque, la necessità di ribadire che la “vera” pena non può essere solo quella privativa della libertà personale, anzi questa dovrebbe occupare uno spazio sempre più marginale (soprattutto avuto riguardo alle pene detentive brevi).

Ma più in generale, se il processo penale, come insegna Carnelutti, è esso stesso pena, analogamente è ineccepibile l'invito a ridurre al minimo l'intervento del diritto penale, invocabile soltanto in caso di inidoneità degli strumenti civilistici e amministrativi. Ecco, dunque, come suggerito dall'opera di Ivan Borasi, il bisogno di «scelte nette e coraggiose».

ROBERTA CASIRAGHI

CAPITOLO I

LE “PROGNOSI” DI ACCERTAMENTO

Il processo penale tradizionale *post* Costituzione⁽¹⁾, quale idealtipo ontologico⁽²⁾, trova come presupposto un’indagine segreta⁽³⁾, rispetto a un’inculpazione soggettiva in addivenire⁽⁴⁾, monopolio assoluto del pubblico ministero nella fase⁽⁵⁾, e propone come percorso⁽⁶⁾ segnato da lì in poi, di equilibrio tra doveri e diritti/garanzie⁽⁷⁾, oltre che interessi, l’esercizio dell’azione penale⁽⁸⁾, valevole anche come oggetto e “soggetto” dell’agone, per tendenzialmente arrivare a una valutazione terza

(1) Fondamentale *excursus* delle riforme nel periodo in R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio. Ferrara, 12-13 novembre 2010*, a cura di D. NEGRI, M. PIFFERI, Milano, 2011.

(2) Per un’analisi di teoria generalissima del processo penale si veda comunque P. BRUNO, voce *Processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1995.

(3) Ottica che di *default*, in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe facilmente “ribaltarsi”.

(4) La catena di prognosi può essere semplicisticamente riprodotta come previsione che il sospettabile transeunte in eventualità diventa l’indagato prima, l’imputato poi, per arrivare ad assurgere infine a condannato.

(5) Sui poteri del pubblico ministero nella fase è emblematica l’analisi di C. VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l’ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Arch. pen.*, 2022.

(6) Parla di trasformazioni in concretizzazione durante l’*iter* procedurale G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 7.

(7) Scolpisce il tema dei “diritti” nell’ambito di “oggetti della tutela penale”, F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *www.sistemapenale.it*, 13/03/2023, § 2.

(8) Per una lettura realistica dell’art. 112 Cost. all’attualità Cfr. N. GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell’azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all’efficienza giudiziaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23/09/2019.

(rispetto a parti equiordinate⁽⁹⁾), in ordine al tema responsabilità personale⁽¹⁰⁾, attraverso prove ordinariamente acquisite nel contraddittorio delle parti⁽¹¹⁾, alla ricerca di completezza dispositiva e non⁽¹²⁾; ma in quest'ultimo caso in via solo eccezionale⁽¹³⁾, e teleologicamente orientata alla verità aletica ideale⁽¹⁴⁾, sempre in stretto rapporto alla presunzione d'innocenza immanente⁽¹⁵⁾.

L'ottica è quella di una valutazione finale con accertamento a cognizione piena⁽¹⁶⁾, seppur mediata dal principio dispositivo⁽¹⁷⁾, per appurare la verità processuale del caso, da vedersi come trionfo di una giustizia in nome del popolo, e per il soddisfacimento dell'interesse della vittima⁽¹⁸⁾; allo stesso tempo viene declamata la presunzione d'innocenza dell'indagato/imputato, in quanto "partecipante" come accusato, quindi in situazione di debolezza sostanzialmente tollerata a fronte di una posizione di forza degli accusatori pubblico e privato⁽¹⁹⁾.

Tale visione di fondo⁽²⁰⁾ è basilare per trattare degli accertamenti, nella complessione della miriade di variazioni rispetto al tema

(9) Straordinaria distinzione tra un "ordine isonomico" e un "ordine asimmetrico" viene proposta da B. CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 111.

(10) Il richiamo ontologico alla "persona" è straordinariamente effettuato in P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 290.

(11) In particolare, ricorda l'ottica primaria del processo accusatorio come di "separazione delle fasi" e "separazione delle funzioni", G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 543-544.

(12) Di "creatura leggendaria" parla C. VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obblighi costituzionali e (costanti) elusioni della prassi*, in *Arch. pen.*, 2019, 1.

(13) *Contra* C. Cost. sent. n. 111 del 1993.

(14) Cfr. in tema M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

(15) Si ricorda il tema del "sospetto" già in I. BORASI, *Presunzione d'innocenza del sospettato*, in *Riv. pen.*, 2019.

(16) Si parla di cognizione piena quando è assicurata una procedura predeterminata per arrivare al risultato in A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002; si può discutere sul "grado" necessario per tale predeterminazione.

(17) In tema, Cfr. classicamente G. VERDE, voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1989, anche per la distinzione dai lati sostanziale e processuale della nozione.

(18) Dell'evoluzione della nozione Cfr. H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2019, sino ad arrivare alla positivizzazione della "categoria" all'art. 90 bis 1 c.p.p.

(19) Fondamentali considerazioni in tema si ricavano in O. MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 08/04/2019, § 5.

(20) Della distinzione classica con il "procedimento" si veda E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1986.

generale ordinario considerato come schema astrattamente buono per tutte le stagioni, ma in realtà oggetto di una crisi di identità esiziale di fronte al cambiamento irreversibile in atto, non più analizzabile e aiutabile attraverso le categorie tradizionali, sia giuridiche che sociali⁽²¹⁾; rispetto a ciò, l'avvento della legge n. 134 del 2021, ed in attuazione del d.lgs. n. 150 del 2022 (c.d. “Riforma Cartabia”)⁽²²⁾, sono emblematici⁽²³⁾.

Mentre nell'antichità regnava l'*episteme* infallibile, nel mondo moderno imperversa la *doxa* fallibile e non dimostrabile tecnicamente⁽²⁴⁾; in questo *status quo*, la differenza la fa il grado di probabilità dell'incertezza soggettiva, influenzata dal contesto informativo (*id est* l'ottica del punto di vista o prospettiva)⁽²⁵⁾.

È necessaria una rivoluzione assertiva (come rivolgimento) alla radice, pretendendo l'equazione accertamento/responsabilità (oppure proscioglimento, e comunque salvo il “rito”) quando è cristallizzata in origine la natura penale della fattispecie⁽²⁶⁾, seppur da leggersi in chiave eccezionale cioè (*id est* frammentarietà “spinta” con depenalizzazione “selvaggia”), in particolare deve comunque essere “difficile”

(21) Tale situazione è già stata analizzata in I. BORASI, *Paralipomeni per un diritto penale processuale e sostanziale “minimo”*, in *Riv. pen.*, 2023.

(22) Dei profili processuali penali della “Riforma Cartabia” tratta M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sist. pen.*, 2022. Nelle more dell'invio per la pubblicazione della presente monografia v'è stato nel Consiglio dei Ministri del 16/11/2023 l'esame preliminare di uno schema di decreto legislativo per (ulteriori) integrazioni e correzioni del d.lgs. n. 150 del 2022, indicate nel comunicato stampa «...al fine di rendere gli istituti interessati maggiormente coerenti con i principi e i criteri di delega, anche attraverso un'opera di semplificazione di specifici meccanismi procedurali e processuali, nonché di risolvere problemi di coordinamento emersi in fase di prima applicazione della riforma.».

(23) Della nozione di “fuga dalla giurisdizione” si tratta in modo illuminante in F. CONSULICH, M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio per il processo*, in *www.discrimen.it*, 12/02/2022.

(24) Di “etica del dubbio” come chiave del rapporto con l’“etica della verità” tratta D. PULITANÒ, *Il dubbio e il paradigma penalistico della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *Quad. st. pen. giust.*, 2020, 211 ss.

(25) Ricorda lo stretto legame tra “probabilità” e “provabilità”, A. COSTANZO, *Modelli di prova. Gravità degli indizi e giudizio cautelare*, in *www.giustiziasieme.it*, 13/09/2022, § 2.

(26) In tema, ricorda la figura retorica dell’“ipotiposi” come generazione di immagini, M. PAPA, “Speciale”, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di F. CONSULICH, G. MANNOZZI, C. PERINI, C. PIERGALLINI, M.M. SCOLETTA, C. SOTIS, Milano, 2022, III, nota 8 per i richiami ivi.

indagare prima e processare poi un seppur colpevole penale (*id est* oltre la flagranza)⁽²⁷⁾.

Il *totem* deve essere rappresentato dal rapporto tra fattispecie chiare/sostenibili e indagini complete⁽²⁸⁾, il tutto sullo sfondo dei principi di offensività, proporzionalità, materialità, rimproverabilità ed esigibilità⁽²⁹⁾.

La procedura penale, che ha trovato faticosamente nel tempo la stagione dell'autonomia, rischia di rimanere vittima di se stessa, sino ad inaridirsi, se non ritorna a calarsi nella realtà penale della sanzione, e viceversa, lasciandosi la prevenzione come “*jolly*” estremo; le libertà ed il potere sono nozioni che devono valere come chiavi di lettura di fondo di ogni analisi giuridica universale, purché in stretta connessione con la “persona”⁽³⁰⁾.

Occorre un certo grado di “anarchia non relativistica”⁽³¹⁾ per comprendere *live* ciò che sarebbe appannaggio classico, e postumo, degli storici del diritto, e non solo; la dignità deve essere il baluardo non negoziabile dell'umanità non burocratica.

Il diritto processuale e quello sostanziale non devono più essere letti tra loro come “nome e cognome”, ma invece quale “unico pseudonimo”, con la prevenzione “a parte” (criminale generale appannaggio del legislatore e securitaria particolare demandata alla “detenzione”); la complessione penale è molto di più di mera prevenzione, è cultura.

Pensare a una prevenzione generale (o speciale) attraverso la “gogna mediatica” che sfrutta il processo penale e la vittima è una barbarie.

La verità deve fare il paio con la responsabilità e la sostenibilità/esigibilità; il giudice è (forse meglio, dovrebbe essere) prima di tutto un

(27) Il contrario del *favor actionis* propugnato in C. Cost. sent. n. 88 del 1991.

(28) Di una funzione della completezza delle indagini da tarare rispetto al dibattimento, e non per altri fini, tratta E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in www.lalegislazionepenale.eu, 03/08/2023.

(29) Per un elogio dell'inesigibilità di sistema, Cfr. D. FALCINELLI, *Elogio dell'inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021.

(30) Della bellissima nozione amministrativistica di “riserva di umanità” si tratta in G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023.

(31) Di rapporto tra anarchia e Costituzione splendidamente tratta Q. CAMERLENGO, *Costituzione e anarchia*, in *Costituzionalismo.it*, 2020.

“filosofo” del fatto, del punto di vista, della prospettiva, al pari che uno scienziato del diritto, del dato sussuntivo/qualificatorio⁽³²⁾.

Il rilievo fondamentale è quello della sostenibilità degli elementi di diritto penale sostanziale, essenziali o accidentali, dal lato probatorio, e di sussunzione tra fatto e diritto, in particolare sotto il profilo della colpevolezza⁽³³⁾, in specie di rimproverabilità, anche di motivo.

Strettamente connesso è il tema della tecnica legislativa, anche di selezione e criminalizzazione dei fatti, pure nell’ottica di frammentarietà e materialità, in forte legame con le difficoltà del dolo generico, e della volontà nello stesso.

La visione di un diritto penale del “dato per provato”⁽³⁴⁾, nei fatti, è lontana dall’ottica del legame strettissimo all’uomo (come persona) di ogni categoria del diritto penale e processuale.

La centralità della persona offesa danneggiata “dal” reato non riguarda ormai più “il” reato, ma bensì il (successivo) rapporto non processuale instaurato dallo stesso, anche se coltivato oggi pure nel giudizio (penale)⁽³⁵⁾; bisogna evitare l’esaltazione dei vittimocentrismi⁽³⁶⁾, al pari dei lassismi relativistici.

Gli accertamenti penali sono indissolubilmente collegati ai beni giuridici (*macro*-beni della vita) da tutelare frammentariamente per compito dello Stato, ma i valori, interessi, doveri e diritti/garanzie innestati da ciò non possono essere degradati in modo spurio, seppur positivizzato, realizzando un errore di metodo; in altre parole, la degradazione

(32) Per una visione del giudice in chiave fondamentale sillogistico-falsificazionista Cfr. M. MENNA, *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, in *Arch. pen.*, 2022, § 4.

(33) Il rapporto con la libertà di agire è abilmente sondato in G. COCCO, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)*, in *Pen. dir. proc.*, 2021.

(34) Della valenza argomentativa delle prove penali *lato sensu* tratta splendidamente R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di P. FERRUA, F. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, Torino, 2010.

(35) Rispetto al *vulnus* delle dichiarazioni della persona offesa nel processo penale oggi, si veda C. MORSELLI, *Le dichiarazioni della persona offesa nel filtro della regola della certezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Arch. pen.*, 2019, 31, in particolare rispetto alla necessità effettiva di poterne falsificare il racconto.

(36) Critica al “paternalismo” sul punto in C. BERNASCONI, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica?*, in *www.discrimen.it*, 12/03/2022, § 6. Se ci stacciamo dal vittimocentrismo e dal carcerocentrismo riusciamo a meglio percepire la spinta verso a un ruolo giusto (scusante) dell’esigibilità e della rimproverabilità, anche motivazionale, pure slegata dalla nozione di malattia in senso classico.

(legislativa primaria) deve presupporre a monte un ragionamento sul bene giuridico, non sui rapporti (procedurali) a valle dello stesso.

La medesima nozione di rieducazione è strettamente collegata ad un accertamento (di condotta), forse pure ad una responsabilità (di evento), ma sicuramente con meno intensità ad una sanzione (di imputato), ciò non significa però che la stessa possa essere equamente irrogata per altre vie e forme, comunque afflittive, anche se nominalmente meno “corrette” (*id est* pene private o nascoste); ormai desueta è l’ottica della “riabilitazione”, di spiccata natura d’autoria, a favore di una “risocializzazione”.

La proporzione generale in questo circolo virtuoso, dalla norma alla sanzione *lato sensu*, non deve mai essere persa di vista, ma pure letta secondo una “diversa” inferenza.

La nozione di “in potenza” ben si attaglia a quella di “prognosi”, entrambe accomunate dalla filosofia del “vorrei ma non posso”; interessante la distinzione tra “prognosi postuma” (si potrebbe pensare alla decisione ordinaria), *id est* di eventi del passato, e “prognosi futura” quindi di eventi futuribili (si potrebbe pensare alla solo probabile condanna)⁽³⁷⁾.

La visione di ragionevolezza astrattamente mal si attaglia ad una pronuncia penale “prognostica”, ancor meno se revocabile⁽³⁸⁾; l’ottica è quella per cui in un determinato momento procedurale si deve effettuare una prognosi (rispetto al vaglio eventuale di altro soggetto giudicante) per decidere se procedere o meno, ma comunque senza preclusioni “esiziali”, come se il potere originario (relativo all’azione penale obbligatoria) non si esaurisse, con meritevolezza di tutela accorsa per l’ordinamento⁽³⁹⁾, e non formazione di *ne bis in idem* dinamico.

Non vi è *de iure condendo* un’improcedibilità del reato (purtroppo), ma (solo) del procedimento/processo, pur con l’avanzare del “momento” prognostico; non è balzana, *de iure condendo*, l’idea di valutare un

(37) Il primo momento più legato al fatto, il secondo al rito.

(38) Della revoca della sentenza di non luogo a procedere in generale si veda B. DANI, voce *Revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, in particolare al § 4 ove si indica la nozione di “nuove fonti di prova”.

(39) In realtà, la visione equa deve essere quella contraria, portata per l’esaurimento del potere sanzionatorio *lato sensu* dalla *ratio* di C. di Stato, Sez. VI, sent. n. 584 del 2021; con lo stesso spirito del tema dell’inappellabilità delle sentenze di assoluzione in primo grado.

ulteriore filtro per l’appello (magari appannaggio del giudice *a quo*), attraverso una nozione di “ragionevole previsione di riforma” (il problema però sta sempre nella eventuale “revocabilità”)⁽⁴⁰⁾.

La fermezza della giustizia, scontata l’incertezza dell’imponderabile, sta proprio nella presa di coscienza dei piani di analisi, non potendosi tornare all’idea che la “confessione” sia l’unica strada per la verità, anche al di fuori del processo, senza però viceversa sempre abiurarla se reale.

La finzione *stricto sensu* non può essere tollerata in nessun accertamento, parziale, prognostico o sommario che sia, soprattutto se nel senso di responsabilità, ma anche viceversa, pure fino ad arrivare a un’analisi profonda in senso evolutivo della stessa presunzione di non colpevolezza⁽⁴¹⁾, partendo dallo schema originariamente tracciato da C. Cost. sent. n. 124 del 1972.

Il “cavallo di Troia” di ogni analisi procedurale è la *ratio* dell’art. 129 c.p.p. (parallelamente per l’art. 469 c.p.p.), “scombussolata” dalla “nuova” formula “decisoria” della “ragionevole previsione di condanna”; in altre parole, utilizzare ancora l’istituto dell’art. 129 c.p.p. come apripista (rispetto agli atti delle indagini preliminari), senza possibilità di approfondimento, nei riti speciali o alternativi al processo, rappresenta una “finzione” ormai intollerabile in quanto irragionevole, soprattutto se rapportata alla regola della “ragionevole previsione di condanna” (richiamata dall’art. 554 *ter* comma 1 c.p.p., e prim’ancora nell’art. 425 commi 1 e 3 c.p.p. e dal combinato degli artt. 411 e 408 c.p.p.).

In quest’ultima, vi sono due momenti da distinguere, il primo in relazione al tema delle prove in formazione (raccolta) nel contraddittorio delle parti (esigibilità, sostenibilità), da vagliarsi proceduralmente

(40) Il *vulnus* può essere rappresentato dalla “facile” equazione dibattimento/condanna; in tema Cfr. A. GAITO, R. LANDI, “L’altare e le (forse inevitabili) vittime”. Osservazioni sul processo penale à la *Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2022, § 3.

(41) La domanda che bisogna porsi è se in un sistema penale “maturo” la necessità di una (mera) “presunzione” d’innocenza *in action* sia ormai un *minus* di tutela (quasi come di superfluità rispetto all’*opinio iuris ac necessitatis* sui valori di fondo); della distinzione tra “negazione attiva” e “negazione passiva” sul punto disquisisce dottamente anche P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, in *Rev. Bras. Dir. Proc. Pen.*, 2018, § 3. Tratta della presunzione *de qua* in senso evolutivo-normativo R. ORLANDI, *La duplice radice della presunzione d’innocenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022.

secondo la regola del “più probabile che non”⁽⁴²⁾, il secondo in rapporto all’analisi singolare del materiale raccolto (libero convincimento)⁽⁴³⁾, da “completare” in sede decisoria secondo le regole del *b.a.r.d.*⁽⁴⁴⁾; proprio questa dualità rende la formula assolutamente nuova, unica e a vocazione generale complementare rispetto all’art. 129 c.p.p. come oggi congegnato (*id est*, sarebbe *de iure condendo* utile una possibilità di approfondimento *ex artt.* 506-507 c.p.p. solo *pro reo*, *contra* l’ottica vivente di Cass., Sez. Un. Pen., sent. n. 41281 del 2006; l’art. 129 c.p.p. andava peraltro “riempito” con la formula della “non ragionevole previsione di condanna”, in quanto da leggersi in concreto come “non punibilità” *lato sensu* per mancanza di una “condizione assoluta”, volendo seppur in “prolungamento” del reato).

Ulteriormente, la revocabilità all’esito della pronuncia di non luogo a procedere dopo le fasi di “udienza preliminare” (a seguito di citazione diretta o meno) rappresenta una scelta poco coraggiosa, al pari della stessa in sede di archiviazione⁽⁴⁵⁾, proprio in quanto con l’ottica esclusiva *contra reum* che mal si concilia con un diritto processuale penale delle scelte e delle responsabilità (procedurali) di stampo accusatorio/dispositivo; in altre parole, la *chance* accusatoria si deve “perdere” per il vincolo del *ne bis in idem*, parallelamente all’esaurimento del potere sanzionatorio *lato sensu* (azione penale finalizzata).

Secondo la visione “non basta aver ragione ma occorre che qualcuno te la dia” l’ottica della presunzione di non colpevolezza (*rectius* d’innocenza) rischia di non essere più bastevole per difetto; *id est*, forse si deve considerare non più necessaria (solo) una “presunzione”, in quanto presupponente un’eccezione ad una regola che altrimenti sarebbe infausta

(42) Sul tema si rimanda a I. BORASI, *Fondamentali amministrativi nella giurisdizione penale*, in *Arch. pen.*, 2021, 12.

(43) Richiama l’interazione tra operazione singola di valutazione della prova (libero convincimento) e decisione complessiva (ragionevole dubbio) O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Crim.*, 2012, § 3.

(44) In parallelo, Michele Taruffo acutamente distingue tra *strandard of prooffe* e *strandard of caution* in *Opinioni a confronto. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Crim.*, 2009, 309-310. Si compie una panoramica completa degli *strandard* di prova generali in R. POLI, *Prova e convincimento giudiziale del fatto*, Torino, 2023, I, § 3, ove si richiama anche l’istituto tedesco dell’*Anscheinsbeweis* come prova *prima facie* legata alla tipicità.

(45) Di dubbi in ordine al trattamento eguale di situazioni diverse si tratta in G. SPANGHER, *Stesse “regole di giudizio” per finalità diverse: dubbi sulla ragionevole previsione di condanna*, in *www.altalex.com*, 04/03/2022.

per una sostanziale *deminutio*, bensì bisogna ritenere una vera e propria (stabile) “non parità” iniziale dell’incolpato (come variamente nelle fasi processuali *in action*), proprio come tale quindi portante una “superiorità” da confutare in via eccezionale.

Il parallelismo tra “sanzione senza condanna” e “condanna senza accertamento” ben rende l’idea della crisi di identità del sistema penale “moderno”⁽⁴⁶⁾, mentre l’ottica della presente ricerca si arroga la qualifica di “metamoderna”, oltre il “non poteva non sapere”.

Le prognosi di accertamento si qualificano grazie alle finalità che le contraddistinguono in relazione agli istituti per i quali sono congegnate; carattere comune è la difficoltà di una previsione in assenza di cognizione partecipata, peraltro già “combattuta” nel processo ordinario⁽⁴⁷⁾.

L’ottica per la quale la pronuncia dibattimentale “pura” non solo non è il *must*, ma neppure l’opzione più probabile o addirittura residuale, trasforma la logica delle garanzie *adversary* accusatorie verso un *bypass* “spurio” basato su materiale unilaterale “inquisitorio”; la sfida deve essere quella di trovare soluzioni per agevolare la formazione della prova in contraddittorio, non scorciatoie per bypassarla, o saltarla a piè pari.

Una di queste è certamente quella portata dalla figura della prognosi, di per sé polimorfa e relazionale, avente come presupposto indefettibile la completezza del materiale per il momento in cui la valutazione avviene, secondo l’ottica utilitaristica del filtro⁽⁴⁸⁾.

Quella della responsabilità potenziale rappresenta un’idea “delicata”, soprattutto se in connessione con la revocabilità, in quanto utile a lasciare una strada “sempre” aperta, senza preclusioni *ex se* definitive *contra reum*.

(46) Si pensi al necessario intervento di sistema portato in modo deflagrante da C. Cost. sent. n. 5 del 2023. Il tema dell’accertamento “penale” senza condanna è particolarmente critico rispetto al principio della presunzione d’innocenza, al pari della pena eseguita senza meritevolezza “concreta” rispetto al principio rieducativo/risocializzante.

(47) Di “svolta autoritaria di carattere marcatamente anticognitivo” della “Riforma Cartabia” parla magnificamente O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 2022, 1; sul tema anche M. DANIELE, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.*, 2023; A. PULVIRENTI, *Dalla “Riforma Cartabia” una spinta verso l’efficienza anticognitiva*, in *Proc. pen. giust.*, 2022.

(48) Della *ratio* dei “filtri” in chiave di sostanziale sostenibilità tratta E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.la legislazione penale.eu, 25/01/2022, § 2.

Un metamoderno sistema di garanzie per un giusto ed equo processo penale⁽⁴⁹⁾ non può assecondare retaggi inquisitori, dovendosi leggere l'azione penale come eccezionale e “facilmente” esauribile.

Ciò che può aiutare il processo penale verso una logica ragionevolmente *adversary* (sistema in generale ritenuto, anche se non in modo acriticabile⁽⁵⁰⁾, epistemologicamente il migliore per il risultato tecnico-giuridico, in quanto espressione autonoma del contraddittorio legato al ruolo dispositivo delle parti davanti al giudice terzo⁽⁵¹⁾) è la semplicità delle procedure; un errore è certamente la previsione di tanti riti differenziati, tante strade alternative, tante forme decisorie *lato sensu*, tante forme esecutorie/esecutive, occorre una omogeneizzazione vera, il motto può essere: “poche regole e molti principi”⁽⁵²⁾, il tutto all'interno di un sistema di grandi capacità tecniche e personali (la qualità di fronte a minori quantità è l'“antidoto” per molti problemi).

Il calcolo prognostico ha una componente “amministrativa” e una costituente “cautelare”, ciò caratterizza la figura in modo peculiare⁽⁵³⁾.

La motivazione sul punto è principalmente rivolta al lato logico più che “quantitativo” e di corretta ermeneutica del materiale (forse meglio del materiale unilaterale in evoluzione)⁽⁵⁴⁾; fondamentali sono le

(49) *Ex multis* si vedano rispettivamente per le “nozioni”, R.E. KOSTORIS, *Per una 'grammatica' minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012.

(50) La critica riguarda l'ottica spintamente *adversary* di fronte ad un sistema senza giuria come quello italiano, che costringe peraltro operazioni prognostiche di “secondo livello”, in quanto attività delegate principalmente alle parti rispetto al giudice; operazioni peraltro che nei sistemi con giuria richiederebbero addirittura doti da “oracolo”. Della complessità accorsa al *rule of law* tratta in modo illuminante M. MANZIN, *Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo processuale nella prospettiva della rule of law*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2019.

(51) Si può anche parlare della visione di “conflitto” come espressione di una rappresentazione di realtà eventualmente consensuale; sul tema della consensualità si rimanda a I. BORASI, *Freirecht, Konventionalprozess e legalità processuale penale “pura”*, in *Riv. pen.*, 2022.

(52) Per una distinzione categoriale applicata si veda G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

(53) Già si è parlato dei fondamentali amministrativi della giustizia penale, ma questi rispetto ad un procedimento/processo classico, in I. BORASI, *Fondamentali amministrativi nella giurisprudenza penale*, cit.

(54) Si disquisisce di una certa “insondabilità” della motivazione, come intimamente legata al diritto di difesa, in S. LORUSSO, *Il diritto alla motivazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27/10/2018, §§ 3 e 5.