

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

---

**2 0 1 0**

---

ESTRATTO



Edizioni ETS



OPINIONI A CONFRONTO  
IL PRINCIPIO DI OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE OGGI:  
CONFINI E PROSPETTIVE

Nota introduttiva di FRANCESCA RUGGIERI

È nota la (risalente e controversa) vicenda della disposizione racchiusa nell'art. 112 Cost. Il principio di obbligatorietà, emanazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e, al contempo, scelta necessitata dall'esigenza di assicurare l'indipendenza esterna del pubblico ministero, è stato di volta in volta adattato alle norme del codice di rito, in un dialogo spesso a doppio senso tra norma costituzionale e norma ordinaria. Vigente il codice Rocco, il contenuto del principio è stato puntualizzato ora con riferimento al tempo della sua operatività (in taluni momenti coincidenti con la stessa *notitia criminis*), ora in relazione alle condizioni cui avrebbe potuto essere legittimamente subordinato il suo esercizio (nell'ambito dell'articolato problema delle condizioni di procedibilità).

L'entrata in vigore del primo codice repubblicano ha lasciato aperte diverse problematiche. La posticipazione del momento in cui il principio opera (artt. 405-407 c.p.p.) alla fine della fase investigativa ne ha imposto una rilettura integrale.

La doverosa completezza dell'indagine (Corte Cost. 88/1991) assicura il principio di eguaglianza prima che il pubblico ministero si determini in ordine all'iniziativa penale. I controlli giurisdizionali sulla eventuale inazione del rappresentante dell'accusa (art. 408 c.p.p. e 125 disp.att.) sono volti ad impedire l'elusione dell'obbligo sia con riguardo alle (eventualmente insufficienti) indagini necessarie alla verifica sulla fondatezza della *notitia criminis*, sia in relazione alla corretta valutazione di investigazioni pure esaurienti. Le riforme del 1999 (v. artt. 421*bis*, 422 e 425 c.p.p.) mirano a circoscrivere gli eventuali abusi nell'esercizio della domanda pubblica, strutturando il controllo del giudice dell'udienza preliminare in modo analogo e, a ben vedere, simmetrico al controllo del giudice per le indagini sulla inazione del pubblico ministero.

Il rappresentante dell'accusa, conformemente al principio di obbligatorietà, è tenuto a non perseguire l'imputato solo quando il processo si riveli "inutile", ovvero quando l'azione penale non sia accompagnata da una ragionevole prognosi di condanna: in tal senso qualificandosi, secondo parte della dottrina, come azione in concreto (secondo le categorie processualcivilistiche).

Lo scenario *in the book* si accompagna, *in the action*, alle ben note disfunzioni in tema di carico di lavoro, con un numero di procedimenti pendenti per ogni singolo magistrato e/o ufficio di Procura del tutto ingestibile.

Esemplari a questo proposito sono i diversi provvedimenti che, dall'entrata in vigore del codice di rito, hanno cercato di razionalizzare la risposta degli uffici dell'accusa a quello che, secondo un'efficace immagine della dottrina tedesca, costituisce l'*input* del sistema processuale penale, ovvero l'enorme quantità di *notitiae criminis*.

Le circolari *Zagrebel'sky* e, di un decennio più tardi, *Maddalena*, per ricordare le più note, non hanno peraltro costituito gli unici tentativi di ottimizzare, con risorse scarse se non del tutto insufficienti, il seguito da dare alle notizie di reato. Il medesimo scopo, volto a disciplinare, in un corretto bilanciamento degli interessi sottesi all'accertamento penale, l'ordine della trattazione dei procedimenti è stato perseguito dal legislatore nell'art. 227 d.lgs 51/1998, in occasione della riforma sul giudice unico, e nel nuovo art. 132*bis* disp. att. c.p.p., come modificato dal d.l. 92/2008, conv. nella l. 125/2008.

Se a tale pur sintetica veduta si aggiungono le esperienze che hanno avuto origine dai microsistemi di giustizia penale minorile (artt. 26 e 27 d.lvo 272/1989) e del giudice di pace (artt. 29, 34 e 35 d.lvo 274/2000) a proposito in senso lato di mediazione (artt. 27 d.lvo 272/1989 messa alla prova, 29 e 35 d.lvo 274/2000) e, più specificatamente, di "proscioglimento" per irrilevanza e/o tenuità del fatto (rispettivamente art. 26 d.lvo 272/1989 e art. 34 d.lvo 274/2000), l'attuale estensione del principio di obbligatorietà dell'azione penale non pare né pacifica né univoca.

Nei laboratori dei processi nei confronti di personalità ancora in formazione (anche per gravi reati) e in quelli a carico di adulti (per i soli reati bagatelari), il legislatore tende ad assicurare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. non solo, né esclusivamente, attraverso l'imprescindibilità dell'accertamento del fatto di reato.

Nel volgere di appena un decennio, pur nella pressoché analoga configurazione della disciplina dei relativi presupposti, il legislatore è passato dalla sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto come causa di non punibilità nel rito minorile (art. 26 d.lvo 272/1989) al provvedimento di archiviazione per tenuità del fatto come causa di non procedibilità di fronte al giudice di pace (art. 34 d.lvo 274/2000).

Tale modifica di prospettiva, consentendo il provvedimento di non procedere anche in sede procedimentale, ha ulteriormente eroso i tradizionali confini della domanda penale.

Quali sono oggi le frontiere del principio di obbligatorietà?

Con il vigente codice di rito i presupposti dell'obbligo costituzionale sono stati ancorati alla superfluità del processo e veicolati attraverso ben precisi (e sotto alcuni profili anche omologhi) controlli giurisdizionali. Nella prassi quotidiana, le cui problematiche sono state presumibilmente anche esasperate nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di rito, si è oramai preso atto dell'impossibilità di assicurare un uguale trattamento a tutte le notizie di reato, soprattutto con riguardo alla relativa tempistica (con i ben noti rischi di prescrizione). Nei nuovi riti minorili e di pace, infine, il principio di uguaglianza è stato coniugato con forme alternative al processo, che definiscono diversamente (e/o alternativamente) i precisi confini dell'obbligatorietà dell'azione.

In questa prospettiva la *Rivista* offre uno spazio di confronto a esponenti del mondo giudiziario, forense ed accademico.

Nell'ottica di una comparazione diacronica, allo storico del diritto (Miletti) è stato chiesto un inquadramento del principio di obbligatorietà dell'azione penale nella nostra recente storia istituzionale, con lo scopo di approfondirne i tratti in considerazione delle discussioni della prima metà del secolo scorso, vale a dire in epoca antecedente il varo dell'art. 112 Cost.

A un avvocato (Botti), a un magistrato (Manziona), e a uno studioso (Marzaduri) si è invece richiesto di esplorare la strada di una "obbligatorietà temperata" al fine di regolare l'*input* di un carico di lavoro in misura sempre crescente ovvero:

- se a tale scopo siano o meno condivisibili i criteri di cui agli artt. 125 disp. att. e 425 c.p.p. o debbano essere modificati;
- se le sperimentazioni di cui agli artt. 26 d.lvo 272/1989 e 34 d.lvo 274/2000 siano percorribili anche nel rito ordinario ed a quali condizioni;
- se i controlli giurisdizionali oggi apprestati per assicurare il principio di obbligatorietà prima e dopo l'esercizio dell'azione debbano considerarsi sufficienti e/o idonei a garantire il principio di uguaglianza anche nei casi di "obbligatorietà temperata" come nelle ipotesi dei riti minorili e di pace;
- quali potrebbero essere, infine, costi, pregi e/o difetti di simili soluzioni "processuali" rispetto a opzioni di carattere di diritto sostanziale aventi la medesima finalità deflattiva (ad es. l'estensione del numero dei reati perseguibili a querela).

Premessa storica di  
MARCO NICOLA MILETTI

1. *Atavismo inquisitorio* – Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale affonda le radici nelle codificazioni processuali ottocentesche: sarebbe anacronistico retrodatare la 'regola' all'antico regime. Tuttavia è indubbio che, sino al XVIII secolo, l'*inquisitio* s'improntasse ad un implicito dovere del *Fiscus* di procedere *ex officio* ogni qualvolta fosse venuto a conoscenza d'una *notitia criminis*: lo imponeva il carattere repressivo ed esemplare della giustizia criminale. Nella dimensione statuale d'età moderna non è affatto infrequente leggere nel prologo delle leggi (bandi, editti, prammatiche) o nei documenti di cancelleria pressanti inviti rivolti ai funzionari *jurisdictionem exercentes* affinché concentrassero le energie su determinate tipologie di reati: ma, al di là dell'ovvia valenza retorica di simili enunciazioni, si trattava di richiami a dispiegare inderogabilmente la *voluntas principis* nella prassi giudiziaria, piuttosto che di sollecitazioni ad applicare una norma – l'obbligo, appunto, di agire – inconcepibile in un sistema ancora estraneo al canone della legalità formale.

Ciò nonostante, se la matrice 'filologica' dell'obbligatorietà va ricercata nel *droit intermédiaire*<sup>1</sup>, che la trasmise ai codici italiani preunitari<sup>2</sup>, i nessi di

<sup>1</sup> L'art. 4 del *Code des délits et des peines* (detto *Code Merlin*, 1795) recita: «Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique» (Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complete de Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État [...]*, t. VIII, *Deuxième Edition*, Paris, Chez A. Guyot et Scribe 1835, p. 387).

<sup>2</sup> L'art. 2 del *Codice Romagnosi* (1807) enuncia il principio di obbligatorietà («Ogni delitto dà luogo ad un'azione penale»), combinato con il carattere della pubblicità (art. 4: «L'azione penale è essenzialmente pubblica») e nei delitti qualificati come pubblici è «esercitata per officio dai funzionari pubblici destinati dalla legge»). Cfr. Ettore DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico* (1807). *Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam 1983, pp. 315-6. L'art. 2 romagnosiano derivava dall'art. 1 del progetto denominato *Metodo di procedura criminale* (1806), sul quale cfr. *Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico*, a cura di Ettore Dezza, Milano, Giuffrè 1985, p. 80; ivi, *Introduzione* di DEZZA, pp. 9-10 si segnala la derivazione del *Metodo* dal *Code Merlin*. Nel Mezzogiorno borbonico il cd. *Codice per lo Regno (Leggi della procedura ne' giudizi penali)* stabiliva all'art. 1: «Ogni reato dà luogo all'azione penale ed all'azione civile. / Coll'azione penale si domanda la punizione del colpevole». Art. 2: «L'azione penale è essenzialmente pubblica, ed appartiene esclusivamente agli ufiziali che sono incaricati del pubblico ministero [...]. / L'azion penale debbe essere esercitata di ufizio in tutti i casi ne' quali l'istanza privata non è necessaria per promuoverla». Francesco CANOFARI, *Comentario su la parte quarta del Codice per lo Regno delle Due Sicilie o sia su le leggi della procedura ne' giudizi penali*, Napoli, Per le Stampe de' fratelli Trani 1830, I, *Disposizioni preliminari*, p. 21 ravvisava in questi articoli una «regola indeclinabile», salvi i casi di

continuità con la giustizia pre-rivoluzionaria sono molteplici e attengono alle mentalità profonde del rito penale. Atteggiamenti che collegano l'impulso ad agire con l'idea premoderna del reato come *malum in se*, dinanzi al quale l'esitazione non si giustifica.

Ovviamente l'affermazione storica, agli inizi del secolo XIX, del principio di legalità, con la riduzione del *penale* alla legge e la connessa tipizzazione delle fattispecie di reato, implicò una tematizzazione dell'*obbligatorietà* in chiave del tutto nuova. Ma non per questo il criterio può ritenersi corollario indefettibile dello Stato di diritto o costituzionale o, tanto meno, a regime codificato. La *legalità* fu infatti la via 'italiana' e germanica all'azione penale, come si legge con esemplare chiarezza in un articolo apparso sulla «Beilage zur Allgemeinen Zeitung» del maggio 1875 e significativamente trascritto da Carrara su «Rivista penale»: nel testo si spiegava che un ordinamento giuridico moderno non poteva che optare per la *legalità* dell'esercizio dell'azione anziché per l'*utilità*, perché solo la prima rispettava il «principio di stretta giustizia e di uguaglianza»<sup>3</sup>. In realtà altri contesti, e primo tra tutti la Francia incubatrice dell'innesto dell'*égalité* nel sistema giudiziario, sin dai primi dell'Ottocento imboccarono altre strade rimaste poi divergenti.

La prospettiva di lungo periodo, fatalmente approssimativa, dischiude un ulteriore paradosso. Gli strumenti d'ingerenza dei governi nella selezione degli obiettivi 'penali' da perseguire si affinano soprattutto *dopo* la costituzionalizzazione (materiale o formale) del rapporto tra poteri. Alle pretese d'intromissione dell'esecutivo nel giudiziario offrì un'arma formidabile il ruolo ancipite del pubblico ministero disegnato dalle codificazioni, effettivo destinatario dell'*obbligo* di agire e, di fatto, suo impenitente violatore. Lucchini scriveva che negli Stati preunitari l'«atavismo inquisitorio» induceva ancora a confondere nel pubblico ministero la figura del giudice e quella dell'accusatore; la proclamata indipendenza e la contestuale sottoposizione all'esecutivo<sup>4</sup>.

liceità dell'azione privata. Le norme napoletane si ritrovano quasi letteralmente nei codici di procedura sabaudi del 1847 e del 1859 (artt. 1 e 2); e da questi nel c.p.p. italiano del 1865: Maria Gigliola DI RENZO VILLATA, *Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e Pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Hrsg. Bernard Durand, Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa und Dieter Simon, *Sonderdruck*, Klostermann, Frankfurt am Main 2005, pp. 208-9, anche per il riferimento ad altre esperienze italiane preunitarie.

<sup>3</sup> Francesco CARRARA, *Azione penale*, in «Rivista penale», II (1875), vol. III (I s.), p. 18. Il brano fu riprodotto in ID., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte generale. Vol. I*, Settima edizione, Lucca, Tipogr. di G. Canovetti 1889, p. 131.

<sup>4</sup> *Lavori preparatorii del Codice di Procedura Penale per il Regno d'Italia - Atti della*

Ma, a ben guardare, sotto questo profilo i procuratori del re delineati dai primi ordinamenti giudiziari dell'Italia unita non si discostavano da quella doppietta funzionale<sup>5</sup>.

L'art. 146 della legge Rattazzi 13 novembre 1859 n. 3781, confermata dall'art. 129 del r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626 (il primo ordinamento giudiziario del Regno d'Italia), definiva il pubblico ministero «rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria» e lo poneva «sotto la direzione del ministro di giustizia». Il primo aspetto era anche letteralmente desunto dall'art. I della legge 24 agosto 1790 dell'*Assemblée Nationale* ed era penetrato in Italia per il tramite del napoleonico *Regolamento organico della Giustizia civile e punitiva* (1806)<sup>6</sup>. Il secondo profilo, perpetuatosi sino all'originaria formulazione dell'ordinamento Grandi (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 69), attribuiva al magistrato dell'accusa contestuali prerogative di controllore e controllato che ne giustificavano uno *status* meno autonomo rispetto alla magistratura giudicante<sup>7</sup>. Da qui gli appelli degli studiosi, all'indomani dell'unità, a salvaguardare l'indipendenza del p.m.: dal governo, ovviamente, dallo Stato-persona, e persino dalla società<sup>8</sup>.

*Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro – Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale*, Roma, Tip. della Camera dei Deputati 1900, III, pp. 10-1. Non mancava, nella Lombardia austriaca, qualche estimatore dell'utilità «costituzionale» della duplice natura del p.m. (rappresentante del monarca nel potere giudiziario ma anche sorvegliato dallo stesso sovrano) nella tradizione francese: è il caso di Agostino Reale, la cui posizione è sintetizzata da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 206.

<sup>5</sup> La natura 'ambigua' connota anche la collocazione del pubblico ministero nell'ordinamento francese: cfr. Michèle-Laure RASSAT, *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1967, p. 34.

<sup>6</sup> Claudia STORTI STORCHI, *Accusare il delitto, difendere l'innocenza. Le impugnazioni del pubblico ministero nella legislazione e nella dottrina italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Staatsanwaltschaft*, cit. in nt. 2, pp. 357-8; ivi, nt. 3 per i riferimenti bibliografici; DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico*, cit. in nt. 2, pp. 231-9.

<sup>7</sup> Mario D'ADDIO, *Politica e magistratura*, Milano, Giuffrè 1966, pp. 35-47; STORTI, *Accusare*, cit. in nt. 6, pp. 359-60.

<sup>8</sup> Matteo PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale con appendici di complemento sui temi principali di tutto il diritto giudiziario*, Vol. I – Parte II, *Procedura criminale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice 1864, p. 15: «Se fosse lecito al Governo di portarsi egli medesimo direttamente accusatore davanti ai tribunali, egli potrebbe per avventura colla sua influenza turbare l'animo dei giudici». Luigi BORSARI, *Della azione penale*, Torino, Dalla Società L'Unione Tipografico-Editrice 1866, pp. 183, 186-7, sottolineata l'«indipendenza» costituzionale del giudizio penale «dallo Stato», ne faceva conseguire che «l'azione penale pubblica non è esercitata nell'interesse

Una simile anomalia non poteva che riverberarsi sull'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. L'art. 139 dell'ordinamento giudiziario del 1865 attribuiva al pubblico ministero anche la vigilanza sull'«osservanza delle leggi» e sulla «pronta e regolare amministrazione della giustizia», nonché il compito – essenziale ai nostri fini – di promuovere «la repressione dei reati». Questa norma, secondo il Borsani-Casorati, ossia il più accreditato commentario al primo codice di rito del Regno, avrebbe dovuto temperare l'art. 129 ammantandolo di 'legalità': «Il pubblico ministero non è né può essere schiavo del governo perché è vincolato dalla legge; la quale non gli lascia arbitrio, ma definisce le sue attribuzioni, determina le condizioni sotto le quali deve esercitarle, e traccia così nettamente la cerchia della sua efficienza, che non gli è possibile uscirne per secondare altre suggestioni ed esigenze». Il p.m., aggiungevano i due studiosi, era rappresentante dell'esecutivo «in tutto l'ordine del servizio e della disciplina»; unicamente «organo della legge [...] nell'azione della giustizia [...]». Il codice è la legge muta, il pubblico ministero è la legge parlante»<sup>9</sup>.

Più preoccupata, negli stessi anni, la diagnosi di Francesco Carrara circa la 'doppiezza' dell'accusatore. «Cronologicamente – osservava nel 1873 – il Pubblico Ministero che *accusa* i colpevoli» merita l'appellativo di «primogenito della giustizia», perché essa da quel momento «si estrinseca. Ma il Pubblico Ministero che aspira al *sindacato dei Magistrati*» è «un figlio della *politica*, che ognuno troppo conosce come un pseudonimo della tirannide»: in tale veste egli «è della giustizia il nemico peggiore»<sup>10</sup>. Ancora alla fine del secolo Luigi Lucchini riscontrava nel pubblico accusatore, così come conformato dalle leggi del Regno, «una persona ibrida quant'è ibrido il sistema misto, un poco parte e un po' magistrato, un po' soggetto all'azione del governo e un po' indipendente»<sup>11</sup>. Il giurista veneto, in realtà, oscillava anch'egli, perché, se il suo sincero liberalismo gli mostrava i vantaggi costituzionali dell'indipen-

di nessuno, neppure nell'interesse della società [...]: il Pubblico Ministero non è l'agente della società, come sempre si dice», bensì «un magistrato della giustizia».

<sup>9</sup> Giuseppe BORSANI - Luigi CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato* [...]. Libro primo: Azione penale, azione civile, estinzione delle azioni, ordini della magistratura, giurisdizione, competenza, Milano, Coi tipi di Luigi di Giacomo Pirola 1873, I, pp. 13-4.

<sup>10</sup> Francesco CARRARA, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza* [...]. II – I discorsi di apertura (1873), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, Tipografia Giusti 1874, pp. 44-5.

<sup>11</sup> Luigi LUCCHINI, *Elementi di procedura penale. Seconda edizione riveduta e ampliata*, Firenze, G. Barbera 1899, n. 192, p. 221.

denza del p.m., la limpida opzione per l'accusatorio e, talora, le contingenze politiche (come lo scandalo della Banca Romana) gli consigliavano una soluzione opposta<sup>12</sup>.

2. *Le carenze del 1865.* – Come da (recente) tradizione preunitaria, e sulle orme dei codici di rito sabaudi del 1847 e 1859, il codice di procedura penale frettolosamente varato nel 1865 riservava l'*incipit* all'azione penale. Utilizzando locuzioni a tratti inappropriate, esso stabiliva che «ogni reato dà luogo ad un'azione penale» (art. 1 comma I); che «l'azione penale è essenzialmente pubblica» e «si esercita dagli ufficiali del pubblico ministero» (art. 2 commi I e II); che viene «esercitata d'ufficio in tutti i casi nei quali l'istanza della parte danneggiata od offesa non è necessaria a promuoverla» (art. 2 comma III). Tali disposizioni, ai fini del ragionamento sull'*obbligatorietà*, andavano integrate con gli artt. 42 n. 1 («Il procuratore del re è tenuto nel distretto del tribunale presso cui esercita le sue funzioni di promuovere e proseguire le azioni penali derivanti da crimini o delitti colle norme prescritte dal presente codice») e 43 (il procuratore del re, quando gli fossero pervenute denunce, querele, verbali, rapporti e notizie di reato, avrebbe dovuto fare «senza ritardo» al giudice istruttore le opportune istanze per l'accertamento del fatto e la scoperta degli autori, salva la possibilità di procedere direttamente mediante *citazione diretta*)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Nella *Cronaca* di «Rivista penale» del febbraio 1895 [*Pubblico ministero e governo*, in «Rivista penale», XXI (1895), vol. XLI (XI terza s.), fs. II, pp. 171-3] compariva un ampio stralcio della relazione stilata dalla Commissione istituita dal governo il 4 agosto 1894 con il compito di «accertare la responsabilità dei funzionari giudiziari che presero parte all'istruttoria del processo per i fatti della Banca Romana». La commissione, interrogandosi sulla legittimità delle «corrispondenze verbali intervenute tra il ministro e i capi del p.m.» ed augurandosi che esse non si fossero tradotte in pressioni sui pubblici ministeri, aveva definito «errore fatale», perché contrario alla separazione dei poteri, interpretare le norme dell'ordinamento giudiziario nel senso che il p.m. «rappresenti il potere esecutivo anche nell'*esercizio dell'azione penale*». Un anonimo commento (probabilmente del Lucchini) obiettò che l'indipendenza del p.m. non avrebbe dovuto tradursi in irresponsabilità del ministro «nell'andamento dell'amministrazione giudiziaria». Quanto al nesso che Lucchini ravvisava tra accusatorio e discrezionalità dell'azione penale cfr. ad es. *Lavori preparatorii*, cit. in nt. 4, I, vb. XXX, p. 292.

<sup>13</sup> Che ogni reato desse luogo ad azione penale era manifestamente illogico; l'avverbio *essenzialmente* era pleonastico; «l'organo incaricato di promuovere l'azione penale» ha l'obbligo di farlo se «vi sia ragionevole motivo per credere avvenuto un reato», mentre l'accertamento del reato e dell'autore spetterà all'«organo incaricato d'infliggere la pena». Così Lodovico MORTARA – Ugo ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Parte Prima, Libri primo e secondo (articoli 1 a 350), Seconda ediz. riveduta, Torino, Utet 1922, pp. 15-16. Questi Aa. sottolineavano una sorta di primogenitura del *Codice per lo Regno* sulle formule di apertura del c.p.p. 1865.

Queste coordinate normative erano sufficienti a configurare a carico della pubblica accusa un vero e proprio obbligo di esercitare l'azione penale?

Costantino Castori, professore pareggiato all'Università di Padova, nel 1891 non mostrava dubbi: il combinato disposto dei citati articoli obbligava il p.m. ad agire e gli impediva di «indagare» sul fondamento delle notizie di reato; se egli avesse fruito di una simile discrezionalità il legislatore gliela avrebbe accordata in modo esplicito. Eppure – proseguiva Castori – nonostante la chiara lettera della legge «valenti giureconsulti, sotto l'influenza della dottrina francese, sostengono una diversa opinione»: con qualche imprecisione egli elencava Pisanelli, Borsari, Pescatore, Canonico, Tartufari, Casorati e Borsani, Lucchini, Cesarini, Nocito, Brusa e altri autori. Il giurista veneto confessava però che avrebbe preferito «un esplicito precetto legislativo che sancisse un tale obbligo»: una norma che vincolasse il p.m., «quale rappresentante della società», ad iniziare il procedimento in presenza di denuncia o querela<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Costantino CASTORI, *Le azioni derivanti dal reato*, Milano, Vallardi 1891, pp. 45-8. Anche per Pasquale TUOZZI, *Principii del procedimento penale italiano*, Napoli, Stabilimento Tipografico M. D'Auria 1909, p. 41 le espressioni (come *veglierà, dovrà, provvederà, è tenuto*) adoperate dal c.p.p. 1865 importavano un indubbio «dovere» del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, pur se mancava «una sanzione di nullità o di pena». Quanto all'elenco degli oppositori dell'obbligatorietà avanza fondati rilievi DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 219, spec. in rapporto alla presenza di Lucchini, invero molto più cauto. Nei rapporti tra p.m. ed esecutivo PESCATORE, *Sposizione*, cit. in nt. 8, I pt. II, p. 19 riteneva che, se il primo avesse tentato un'azione «evidentemente ingiusta, o inopportuna», il secondo avrebbe avuto il «diritto di vietarne l'esercizio», così come, all'inverso, aveva il diritto di ordinare un'azione «riclamata dalla coscienza pubblica» e rifiutata dal pubblico ministero (ma su quest'ultimo punto, poco più avanti [ivi, p. 21], l'A. sembra sostenere il contrario); complessa l'analisi dei doveri del p.m. di fronte al reato che vedesse leso il solo privato (ivi, pp. 24-9). Sulla posizione di Pescatore cfr. Francesco CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene 1994, p. 5 nt. 3. Secondo BORSARI, *Dell'azione penale*, cit. in nt. 8, p. 213 l'art. 42 [del c.p.p. 1859; divenuto art. 43 nel c.p.p. 1865] «non deve intendersi obbligatorio pel pubblico Ministero se non in quanto giudichi essere il caso di dover procedere». Contrario all'obbligatorietà anche Raimondo PEROTTA, *Il processo penale*, Parma, Dalla Tipogr., Litogr. e Calcogr. di G. Ferrari e figli 1876, I, p. 204. Un'ampia rassegna bibliografica degli scrittori favorevoli alla *legalità* e all'*opportunità* si trova in *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori Sen. Lodovico Mortara, Dep. Alessandro Stoppato, Sen. Guglielmo Vacca, Comm. Augusto Setti, Comm. R.le Denotaristefani, Comm. prof. Silvio Longhi. *Parte Prima – Lavori preparatorii. Volume Secondo – I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (Relazioni e Testi)*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1913, I. *Il progetto del 1905 – Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia (Finocchiaro-Aprile) alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905. Legislatura XXII – Sessione 1904-905, Camera dei Deputati – Stampato n. 266* [d'ora in avanti: FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*], p. 15.

In assenza d'una simile regola, il dibattito postunitario si polarizzò inizialmente in misura abbastanza equilibrata tra fautori della *legalità* e della *opportunità*<sup>15</sup>.

Un insidioso attacco all'obbligatorietà fu portato dal guardasigilli Pisanelli nella tornata del Senato del 18 febbraio 1864. Discutendo un progetto di legge concernente alcune proposte di modifica ai criteri di competenza, il ministro salentino suggeriva di adottare, come in Francia, un meccanismo discrezionale, che tenesse conto dei motivi di pubblico interesse<sup>16</sup>.

Si stagliava così all'orizzonte il tradizionale termine di confronto per gli studiosi della materia: quell'ordinamento transalpino che si era indirizzato, sebbene in forma parimenti non codificata, verso la discrezionalità *di fatto* dell'azione penale<sup>17</sup>. La Germania invece, che nel 1877 si era data una *Strafprozessordnung* apprezzata dagli ambienti liberali europei, aveva accolto il principio di obbligatorietà (§ 152), che però deviava dalla tradizione dei *Länder* e fu, probabilmente, per questo motivo ridimensionato progressivamente

<sup>15</sup> Utilizza il binomio *legalità / opportunità* Eugenio FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale diretto da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio*, Estratto, Milano, Vallardi 1914, p. 39. Ad avviso di Alfredo ROCCO, *Riforma del Codice penale, del Codice di procedura penale e delle leggi sull'ordinamento giudiziario. Discorso pronunciato al Senato del Regno nella seduta del 17 dicembre 1925*, Roma, Tip. del Senato del dott. G. Bardi 1925, p. 37 era stata «la dottrina tedesca a creare» la distinzione, «errata e artificiosa», tra opportunità e legalità.

<sup>16</sup> L'episodio è descritto da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 211, con relativa bibliografia.

<sup>17</sup> Nei dibattiti al Consiglio di Stato del 1804 era emersa implicitamente l'opinione che l'azione del pubblico ministero fosse facoltativa. In tal senso si schierarono poi la dottrina ottocentesca ed alcune circolari ministeriali (1817 e 1842) che raccomandavano ai procuratori del re di non procedere per i reati più lievi. Cfr. Francesco SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia [...]. Seconda edizione ampliata dallo stesso autore [...]*, Torino, Fratelli Bocca 1877, I, p. 65; CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, p. 44. Sulla dottrina transalpina, contraria all'*indeclinabile* osservanza del principio per cui ogni reato debba dar luogo ad azione penale, cfr. già Federico BENEVOLO, *Azione penale*. Estratto dal *Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1897, p. 10; Bernardino ALIMENA, *Principii di procedura penale*, vol. I, Napoli, Luigi Pierro, 1914, I, p. 48, il quale ricordava che secondo Hélie (*Traité de l'instruction criminelle*, Paris 1845-60) l'opportunità si riferiva ai fatti che «non interessano essenzialmente l'ordine pubblico». Sui limiti all'indipendenza del p.m. francese, provenienti dal governo e dalla corte competente a giudicarne l'operato, cfr. Francesca MOLINARO, *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento francese*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Giovanni Conso, Bologna, Zanichelli 1979, p. 195 ss.; e la bibliografia in DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 217, nt. 24. Come la Francia era orientato l'ordinamento belga: Vincenzo MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, Bocca 1912, n. 56, p. 77 nt. 1.

a vantaggio del canone della *opportunità*<sup>18</sup>.

Nel commento all'art. 2 del c.p.p. 1865 Francesco Saluto dissentiva garbatamente dal Pisanelli e prendeva le distanze dal criterio francese della discrezionalità: «A prescindere dal pericolo di quella elastica interpretazione, che rende serva l'azione penale all'ingegno, al temperamento, ed all'umore dell'esercente il p.m., cotal sistema darebbe campo a quei privilegi, a quelle distinzioni ed a quegli scandali che formerebbero un ributtante contrasto nello stato attuale di costumi». Il magistrato siciliano avrebbe preferito precisare per legge, anziché lasciare alla «discretezza de' pubblici funzionari», quei reati che potevano tranquillamente restare «inosservati» senza la «querimonia della parte privata»<sup>19</sup>.

Però – precisava il Saluto – l'art. 2, rimettendo ai p.m. l'esercizio dell'azione penale, non aveva certo inteso «costituirli padroni assoluti della medesima», ma solo autorizzarli ad «intentarla in nome della società» senza esser perciò censurati o accusati di lite temeraria. Inoltre i pubblici ministeri, una volta intrapresa l'azione, proprio perché non ne erano titolari non avrebbero potuto transigere o desistere: e il tribunale, una volta investito della causa, non avrebbe potuto che provvedervi<sup>20</sup>.

Il divieto di *recesso* metteva d'accordo estimatori e detrattori del principio di legalità. Aderendo appieno alla tesi già enucleata da Pescatore e precisata dal Saluto, Castori osservò, alla luce di due sentenze della Cassazione (Cass. Torino 18 novembre 1884 e Cass. Napoli 22 giugno 1885), che il pubblico ministero, dopo aver attivato l'azione penale, non poteva poi «comprometterla» o «pregiudicarla con erronee dichiarazioni e non ponderate ammissioni»: per converso, avrebbe potuto addirittura «ricorrere contro una sentenza che abbia accolte

<sup>18</sup> Il § 152 del Regolamento germanico di procedura penale (ove si afferma che il p.m. è *obligato* a promuovere la pubblica accusa allorché «concorrano sufficienti indizi positivi») e l'analogo § 34 del Regolamento austriaco per la procedura penale del 1873 sono riportati da MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 56, p. 77 nt. 2. La dinamica germanica è analizzata da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 210. Il codice norvegese del 1887, molto apprezzato in Italia, consentiva (§ 85 ult. c.) di omettere l'accusa quando si riteneva che «nessun pubblico interesse» giustificasse la punizione, «segnatamente quando sia trascorso un tempo abbastanza lungo dalla esecuzione del reato o esistano circostanze specialmente attenuanti»: *Codice di procedura penale norvegese (1° luglio 1887) con le successive modificazioni*. Traduzione, note e ragionamento del prof. E. Brusa, Torino, Bocca 1900, p. 24.

<sup>19</sup> SALUTO, *Commenti*, cit. in nt. 17, I, pp. 65-6.

<sup>20</sup> *Ivi*, I, pp. 66-7. Nettamente contrario al «recesso» del p.m. dall'azione penale già PESCATORE, cit. in nt. 8, I pt. II, p. 17. Più problematico BORSARI, *Dell'azione penale*, cit. in nt. 8, p. 226.

le sue requisitorie»<sup>21</sup>. La tesi ricompare, dogmaticamente nobilitata, nel *Manuale* manziniano del 1912. Il giurista friulano la denomina *immanenza* del processo penale. In base ad essa, il procedimento una volta iniziato «non può essere revocato sospeso alterato o soppresso senza che lo consenta un'espressa previsione di legge»: il giudice avrebbe potuto spogliarsene solo mediante decisione di merito o dichiarazione di improponibilità, improseguibilità o estinzione, e a tutte le parti erano vietate transazioni, accettazioni, rinunce<sup>22</sup>.

3. *La blindatura*. – Vinto l'iniziale sbandamento filo-francese, la penalistica liberale si schierò piuttosto compatta a favore dell'obbligatorietà. La appoggiò, dalla cattedra della Sapienza, Pietro Nocito, che non vedeva come si potesse concedere al pubblico ministero un surrettizio potere di amnistia<sup>23</sup>. La considerò scontata Enrico Pessina, sul presupposto che l'azione rappresenta una «necessaria conseguenza» del reato e che perciò costituisce un «dovere pubblico [...] indipendente da qualsiasi arbitrio»<sup>24</sup>. La 'blindò', in qualche modo, Federico Benevolo nella voce *Azione penale* del *Digesto* lucchiniano<sup>25</sup>. L'obbligatorietà, osservava il Castori, offre ai pubblici ministeri «un doppio vantaggio»: evita l'imputazione di responsabilità, a titolo di dolo o di colpa, da cui sarebbe difficile giustificarsi; li pone al riparo da eventuali «ragioni di partito» nonché dalla tendenza ad assecondare «il mutarsi continuo degli uomini di governo» mostrandosi «troppo desiderosi di seguire il mal talento dei loro capi»<sup>26</sup>.

L'ingresso sulla scena penalistica della Scuola positiva sembrò rafforzare le

<sup>21</sup> CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, p. 49. Un caso di scuola (ivi, pp. 49-52) si sarebbe potuto verificare se il danneggiato, come consentito dal codice, avesse deciso di citare l'imputato direttamente in udienza, e in quella stessa sede il pubblico ministero avesse dichiarato di non voler esercitare l'azione penale perché convintosi che il fatto non costituisse reato o che non sussistessero prove sufficienti: ad avviso di Castori, una simile dichiarazione sarebbe stata irrilevante.

<sup>22</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 58, pp. 79-80.

<sup>23</sup> Pietro NOCITO, *La Corte d'assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui Giurati 8 giugno 1874*, Roma, Tipografia Eredi Botta 1874, p. 203: «E' meraviglia che, in un paese dove si proclama la dottrina della responsabilità, si possa abbandonare l'esercizio dell'azione penale al pubblico ministero», il quale, «giudice sovrano» della decisione di promuoverla, finirebbe per «esercitare un diritto d'amnistia che non esercita lo stesso Re».

<sup>24</sup> Enrico PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, Marghieri 1882, p. 366.

<sup>25</sup> BENEVOLO, *Azione penale*, cit. in nt. 17, p. 10: «Presso di noi generalmente s'insegna doversi procedere ogni volta che in un fatto concorrano gli estremi di un reato, senza che motivi di opportunità possano valere a non dare movimento all'azione penale».

<sup>26</sup> CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, pp. 41-2.

ragioni dei 'legalisti'. Garofalo e Carelli, nel progetto 'positivista' d'un codice di rito risalente al 1889, reputavano inconcepibile che lo Stato lasciasse «i suoi funzionarii arbitri nel decidere intorno alla necessità od opportunità dell'applicazione» delle leggi repressive. Dunque, per il p.m. nessuna «facoltà di astenersi»: l'interesse pubblico alla repressione consisteva infatti non solo nella «giusta soddisfazione» degli onesti ma anche nell'«impedire che la criminalità si propaghi»<sup>27</sup>.

Nel 1914 Florian precisava – ma con riferimento al sindacato giurisdizionale sull'eventuale decisione dell'accusa di non procedere – che, secondo la prospettiva del positivismo, «quanto più intensamente sociali diventano gli scopi del diritto penale tanto maggiormente deve prevalere il principio di legalità»: oltretutto, la Scuola propugnava una valutazione della pericolosità sociale del delinquente e dunque il «trattamento» si era ancor più tecnicizzato<sup>28</sup>. Anche in anni più maturi il penalista veneziano insinuò il dubbio che la rinuncia all'obbligatorietà avrebbe indebolito l'obiettivo della difesa sociale<sup>29</sup>.

Dal suo canto l'indirizzo tecnico-giuridico contribuì al dibattito apportandovi una concettualizzazione che, a distanza di qualche decennio, durante l'elaborazione del codice processualpenale fascista, avrebbe sortito un esito, per così dire, opposto a quello per il quale era stata pensata. Su «Giustizia penale» del 1905 Arturo Rocco teorizzò che «il diritto di punire» rappresenta, nel contempo, per lo Stato anche un «dovere»: poiché esso riveste uno scopo «sociale e pubblico», la relativa attuazione «non può esser lasciata all'arbitrio» ma va imposta dallo Stato «in modo obbligatorio» e come tale va esercitata<sup>30</sup>.

La posizione espressa da Manzini nel *Manuale* del 1912 rappresenta il punto di partenza d'una meditazione pluridecennale, che si sarebbe plasticamente

<sup>27</sup> Raffaele GAROFALO - Luigi CARELLI, *Riforme della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Torino, Bocca 1889, pp. CLII-CLV.

<sup>28</sup> FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 40.

<sup>29</sup> Eugenio FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale. Seconda edizione riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Giappichelli 1932, pp. 192-3.

<sup>30</sup> Arturo ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire* (V), in «Giustizia penale», XI (I seconda s.), 1905, col. 450. Rileva la contraddizione di un *diritto* che sarebbe anche *obbligo* Vincenzo LANZA, *La querela e il suo valore processuale*, Torino, Bocca 1911, pp. 147-8. Concorda invece con Rocco il commento di Stoppato: *Commento al Codice di procedura penale a cura dei signori sen. Lodovico Mortara, dep. Alessandro Stoppato, sen. Guglielmo Vacca, gr. uff. Augusto Setti, comm. Raffaele de Notaristefani, comm. Silvio Longhi*. Vol. IV: *Codice di procedura penale. Libro I – Disposizioni generali. Commento del prof. Alessandro Stoppato*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1918 [d'ora in avanti: STOPPATO, *Commento I*], p. 13.

rivelata capace di assecondare obiettivi molto eterogenei. Il penalista friulano non dubitava che l'obbligatorietà dell'azione penale si deducesse dagli artt. 1 e 42 del c.p.p. 1865. Ma egli si spingeva ben oltre. A suo parere, era da considerarsi invalido un ipotetico divieto di procedere imposto dal ministro: l'ordine gerarchico, infatti, assumeva valore solo se tendente all'attuazione della legge, non al suo disconoscimento. Ovviamente, precisava Manzini, l'obbligo di agire sussisteva se l'imputazione apparisse sufficientemente fondata: ma, poiché i codici penale e di procedura civile consentivano di sanzionare soltanto il dolo o – ma sul piano disciplinare o civile – la colpa del funzionario inadempiente, si rivelava nella pratica «arduo» accertare se la scelta del p.m. di non promuovere l'azione penale integrasse o meno una forma di responsabilità<sup>31</sup>.

4. *Come soldati al macello*. – La prosa manziniana cela, forse consapevolmente, una riserva mentale piuttosto frequente in materia di esercizio dell'azione penale: l'integralismo legalistico, alla prova dei fatti, ripiega su un'empirica e rinunciataria – quando non compiaciuta – rassegnazione.

I 'realisti' trovavano un conforto nel *Trattato* di Pellegrino Rossi, dove si metteva in guardia dal rischio che, «in taluni casi speciali», la persecuzione dei reati ed i processi si riveleranno «una sorgente di disordine» ed eccezionalmente «pericolos[i] o nociv[i] per la società». In tali ipotesi – proseguiva l'insigne giurista – il legislatore avrebbe dovuto «lasciare i mezzi di rettificare [...] la decisione generale», ossia «la facoltà di non perseguire, affinché la giustizia, destinata al mantenimento dell'ordine sociale, non ne divenga una cagione di travolgimento»<sup>32</sup>.

Il magistero di Pellegrino Rossi perimetrava una zona d'ombra al di là della quale sarebbe stato socialmente provvido che il pubblico ministero non si avventurasse. Su questa traccia la dottrina, anche quella formalmente 'legalista', individuò un'area franca che comprendeva situazioni piuttosto eterogenee: i reati bagatellari; le infrazioni procedibili a querela di parte o per le quali, comunque, il danno fosse ritenuto esclusivamente 'privato'; gli illeciti in qualche modo tollerati o addirittura coperti dal potere politico.

«Trattandosi di reati minori e men conosciuti – esemplificava nel 1871

<sup>31</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 56, pp. 77-8.

<sup>32</sup> Pellegrino ROSSI, *Trattato di diritto penale [...]*. Nuova traduzione italiana con note ed addizioni dell'avvocato Enrico Pessina, Torino, Tip. di Gaetano Bozza 1859, pp. 154-5. Contestava la tesi CASTORI, *Le azioni*, cit. in nt. 14, p. 43, al quale l'eccezionalità dei casi in cui il perseguimento dei reati sarebbe risultato pericoloso o addirittura nocivo non pareva argomento sufficiente a «giustificare i numerosi arbitri» commessi «sotto colore di politica necessità».

Matteo Pescatore – v'è luogo a un giudizio di opportunità [...]. Se il privato offeso non porge querela; se il reato apparisce di prova incerta e difficile; se col processo criminale si corresse pericolo di ridestare le ire, turbando la pace di famiglie acquetate, di provocare un maggiore scandalo, e di aggravare l'ingiuria e il disonore; se infine trattasi di reati isolati [...], il pubblico Ministero, tacendo le parti principalmente interessate, dovrà anch'esso astenersi». Anche Borsari era persuaso che il p.m. potesse autonomamente respingere denunce o querele sprovviste d'un minimo di «credibilità»<sup>33</sup>.

Acutamente Manzini scovava alcune *espresse* eccezioni al principio di legalità annidate nell'ordinamento. Il codice Zanardelli, ad esempio, esigeva la querela di parte per procedere nei delitti contro l'inviolabilità dei segreti, qualora il fatto non avesse cagionato *pubblico nocumento*: ebbene, la valutazione della sussistenza del *nocumento* era inevitabilmente rimessa al pubblico ministero. Altrettanto poteva dirsi di tutti i reati perseguibili previo accertamento di un elemento soggettivo, come ad esempio il pubblico scandalo<sup>34</sup>.

Ma il vero *punctum dolens* consisteva, ovviamente, nella tentazione di desistere dall'azione per effetto dei 'maneggi' del ceto politico, e in particolare della *longa manus* del ministero della giustizia. La letteratura sugli 'sconci' delle archiviazioni sospette è vastissima e pervade anche le riviste specializzate. In un breve saggio – sferzante, come d'abitudine – apparso su «Rivista penale» della primavera 1875, Francesco Carrara puntava a dimostrare come nell'esercizio dell'azione penale andasse preferito al criterio *restrittivo*, imperniato sul monopolio della pubblica accusa, quello *naturale*, appena introdotto dal Regolamento austriaco del 1873, che ammetteva ad agire anche il privato offeso, in forma eventualmente autonoma e a suo «rischio e pericolo». A chi «con maligno giuoco» faceva notare che, così, si sarebbe esposto il p.m. ai «capricci privati» costringendolo a «prestare l'opera sua ad una accusa che crede ingiusta», il maestro lucchese obiettava che un conto era preservare al privato la libertà di agire, «altro, ben altro è il concetto di costringere il Pubblico Ministero ad agire contro coscienza sua. Questo concetto è tirannico ed ognuno lo biasima quando talvolta (con vergogna di libero reggimento) lo si vede realizzato dal potere esecutivo, che spinge i suoi subalterni ad accuse insostenibili, come un generale furioso spinge i soldati al macello»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Matteo PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura criminale. Libro Secondo – Parte analitica*, Torino-Napoli, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1871, p. 18; BORSARI, *Dell'azione penale*, cit. in nt. 8, p. 212.

<sup>34</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 57, p. 79.

<sup>35</sup> CARRARA, *Azione penale*, cit. in nt. 3, p. 14.

La denuncia piú lucida delle ingerenze del governo nella selezione dei reati da perseguire e del conseguente, irregolare *agitarsi* delle procure reca la firma di Marco Minghetti e risale al 1881<sup>36</sup>.

Nel 1889 Garofalo e Carelli rilevavano come il principio codicistico dell'obbligatorietà fosse vanificato dai numerosi *rinvii degli atti in archivio*, statisticamente elevati soprattutto a fronte delle troppe denunce e querele di parte rimaste inevase. A nulla – riflettevano i due 'positivisti' – erano servite l'attribuzione ai procuratori generali (art. 38 c.p.p. 1865 e art. 129 ord. giud.) della vigilanza sui pubblici ministeri e l'istituzione, con decreto 7 febbraio 1880, di ispettori giudiziari chiamati a verificare l'esercizio dell'azione penale, oltre che dell'istruttoria<sup>37</sup>.

Il Manzini del 1912 sembrerebbe davvero scoraggiato: «Purtroppo, nella nostra pratica giudiziaria, per effetto di indebite ingerenze ministeriali, parlamentari, o consortesche locali, spesso è il principio della *discrezionalità* o *opportunità* del promovimento dell'azione penale che prevale». Tuttavia «il miglioramento progressivo della nostra magistratura» induceva lo studioso a sperare nell'imminente superamento della crisi di valori che aveva spinto un «guardasigilli magistrato» ad affermare «che l'ordine giudiziario italiano rende servizi e non giustizia»<sup>38</sup>.

5. *Il parziale tradimento del 1913*. – Disattesa nella prassi in forme eclatanti, l'obbligatorietà dell'azione penale appariva probabilmente, alla dottrina del primo Novecento, un argine alle infiltrazioni del 'politico' nel giudiziario. Di fronte alla sostanziale convergenza di opinioni (la nota bibliografica segnalava i soli Rossi e Pisanelli come dissenzienti 'italiani'), non suscitò sorpresa l'annuncio di Finocchiaro-Aprile, nella relazione del 1905 al progetto di codice, che il rito *in fieri* avrebbe optato per il mantenimento del criterio di *legalità*. Quello della *opportunità*, chiariva il ministro, rischiava di fomentare incertezze, arbitri difficilmente sindacabili, «disuguaglianza di trattamento», dubbi «che l'azione penale sia posta a servizio della politica e delle mutevoli maggioranze parlamentari»<sup>39</sup>.

Nel corso del travagliato *iter* di approvazione del codice tale impostazione

<sup>36</sup> Marco MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, Zanichelli 1881, pp. 137-8. Il significato del testo, con riferimenti alle diverse edizioni, è inquadrato da DI RENZO, *Un pubblico ministero*, cit. in nt. 2, p. 234.

<sup>37</sup> GAROFALO - CARELLI, *Riforme*, cit. in nt. 27, pp. CLIV-CLV.

<sup>38</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 56, pp. 78-9.

<sup>39</sup> FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 14, p. 15.

non fu piú revocata in dubbio. Tuttavia l'azione penale copriva un'area tematica troppo vasta perché il profilo dell'obbligatorietà non s'incrociasse con altre spinose questioni sul tappeto. Nel progetto del 1911 il ministro, per «dare ascolto al pulsare insistente e vibrato della vita moderna» e traendo spunto dall'«avvento di nuove leggi sociali», proponeva coraggiosamente di «rompere il sistema del monopolio assoluto» del pubblico ministero e di concedere l'esercizio dell'azione penale anche alle «associazioni legalmente costituite per uno scopo d'interesse professionale o pubblico» e alle «istituzioni pubbliche di beneficenza». L'ipotesi s'infranse contro il fuoco di sbarramento delle commissioni parlamentari, i cui relatori erano Lodovico Mortara e Alessandro Stoppato<sup>40</sup>. Nel dibattito alla Camera il deputato De Nicola definí l'idea del ministro «innovazione gravissima», e chiese che si tornasse «all'antico» esplicitando che l'azione penale è «essenzialmente pubblica». Ferri invece si dichiarò favorevole all'«esperimento» perché riteneva che esso non solo avrebbe coinvolto i cittadini a partecipare alla «vita civica», diversamente da quanto accadeva «nei paesi latini» ma avrebbe anche conseguito un «effetto educativo nazionale». Nel contempo però, ad avviso di Ferri, occorreva ribadire «la supremazia assoluta del pubblico ministero come organo dell'azione penale»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Per la relazione di Finocchiaro-Aprile al progetto 1911 cfr. *Commento*, cit. in nt. 14, II. *Il progetto del 1911 – Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata dal ministro di Grazia e Giustizia (Finocchiaro-Aprile) al Senato del Regno nella seduta del 23 maggio 1911. Legislatura XXII – Sessione I, Senato del Regno – Stampato n. 544*, pp. 586-94. La relazione Mortara si legge in *Relazione della Commissione speciale composta dei senatori Quarta, presidente, Mortara, segretario e relatore, Baccelli, Balenzano e Inghilleri sul disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti nella tornata del 23 maggio 1911 – Nuovo Codice di procedura penale*, in *Commento al Codice di procedura penale. I: Lavori preparatori fondamentali, relazioni dei commissari, principii adottati dalla Commissione*, a cura di L. Mortara, s.l. né d. [ma 1913], pp. 828-34 per la demolizione della proposta del 1911 (in partic. ivi, pp. 830-1 si rileva la contraddizione con la relazione ministeriale del 1905, contraria all'azione popolare perché prematura); ivi, pp. 836-7 per la proposta alternativa del Senato di coinvolgere i pubblici funzionari nell'azionabilità di alcuni procedimenti penali. Il testo di Stoppato è in *Relazione della Commissione nominata dal Presidente della Camera composta dei deputati: Grippo presidente, Dari segretario, Barzilai, Daneo, Ferri Enrico, Fulci, Girardi, Muratori e Stoppato relatore sul Progetto del Codice di procedura penale per il Regno d'Italia e Disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione approvato dal Senato del Regno il 7 marzo 1912 (v. stampato n. 544) presentato dal Ministro di grazia e giustizia e dei culti (Finocchiaro-Aprile) nella tornata dell'8 marzo 1912 – Atti parlamentari – Legislatura XXIII – Sessione 1909-12 (N. 1066 A)*, in *Commento al Codice di procedura penale. I*, cit. da ultimo in questa nt., pp. 922-6.

<sup>41</sup> *Commento*, cit. in nt. 14, *Parte Prima - Lavori preparatorii. Vol. III: Lavori parlamentari (relazioni, discussioni) e redazione definitiva del Codice e delle norme di attuazione e transito-*

Al termine del dibattito parlamentare Finocchiaro-Aprile si avvide della prevalente ostilità alla sua proposta. L'art. 1 del c.p.p. 1913, troncando ogni disputa, stabilì al secondo comma che «l'azione penale è pubblica ed è esercitata dal pubblico ministero. Essa è esercitata d'ufficio quando non sia necessaria querela o richiesta»<sup>42</sup>.

Abbandonata la forse affrettata ambizione di coinvolgere nuove fasce sociali nell'iniziativa penale, il codice fortemente voluto dal governo Giolitti ripiegava, dunque, su una drastica riaffermazione del monopolio del p.m. sull'azione penale. Non è casuale che a questo principio il Manzini avesse espresso, nel 1912, appoggio «incondizionato»: a suo avviso il procuratore del re poteva considerarsi «un arnese di tirannia o uno strumento politico soltanto da quella aberrante democrazia sospettosa e sconclusionata che, assorbendo senza critica i criteri della rivoluzione francese [...], vede in ogni autorità il nemico naturale del popolo»<sup>43</sup>. Democrazia aberrante, rivoluzione scriteriata: il fraseggio anticipa accenti che risuoneranno nella stesura dei codici penali fascisti. Come pure sembra un preludio l'avvertenza di Stoppato secondo cui l'aggettivo *pubblica* contenuto nell'art. 1 del c.p.p. 1913 non si riferiva tanto agli «organi» quanto alla circostanza che il fine dell'azione «sovrasta [...] gli interessi individuali»<sup>44</sup>. Molta acqua, evidentemente, era scorsa da quando (era il 1875) Carrara aveva denunciato il «circolo vizioso» che si nascondeva dietro l'espressione *azione penale pubblica*: «Il monopolio [del pubblico ministero] creò quella formula; ed oggi con la formula si vorrebbe difendere il monopolio»<sup>45</sup>. E il paradosso è che proprio Stoppato, quand'era ancora schierato per una moderata partecipazione civica all'iniziativa della giustizia punitiva, aveva spiegato che la *pubblicità* dell'azione penale non può «incatenare» i

rie, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1914, *Discussioni Camera*, p. 388 (De Nicola); p. 362 (Ferri).

<sup>42</sup> *Redazione definitiva del Codice – I. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Finocchiaro-Aprile)*, in *Commento*, cit. in nt. 41, *Relazione presentata nell'udienza del 27 febbraio 1913* [d'ora in avanti: FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione al Re*], pp. 552-3. Per i commenti alla soluzione prescelta dal c.p.p. 1913 cfr. STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, pp. 8-9; Alfredo ANDREOTTI, *Il nuovo codice di procedura penale italiano. L'azione penale*, in «Rivista di diritto e procedura penale», IV (1913), pt. I, p. 388; MORTARA - ALOISI, *Spiegazione*, cit. in nt. 13, I, p. 16; deluso Gabriele NAPODANO, *Dell'azione penale e del pubblico ministero nel nuovo Codice di procedura penale*, in «Rivista penale», XXXIX (1913), vol. LXXVIII (XXVIII quarta s.), fs. III, pp. 265-6.

<sup>43</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, pp. 70-1.

<sup>44</sup> STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, p. 6.

<sup>45</sup> CARRARA, *Azione penale*, cit. in nt. 3, p. 15.

«legittimi istinti di reazione del singolo cittadino»<sup>46</sup>.

Ma ora, nel 1913, anche le biografie personali si erano riposizionate. E un codice che avrebbe dovuto sancire il trionfo del liberalismo progressista consacra, in realtà, un'azione penale ancora monopolizzata dal p.m. e finalizzata al primato dell'interesse pubblico (sarebbe poi divenuto collettivo, *alias* dello Stato) su quello individuale. Vedeva giusto Petrocelli, quando scriveva che il codice Finocchiaro-Aprile aveva avviato il «cammino ascensionale del pubblico ministero verso la completa padronanza dell'attività istruttoria»<sup>47</sup>.

6. *Agli archivi*. – Qualche trincea garantistica, per la verità, il c.p.p. del 1913 riuscì a difenderla.

Per evitare che il monopolio del pubblico ministero si trasformasse in «arbitrio assoluto dell'iniziativa del procedimento», già il progetto 1905 aveva ipotizzato di recuperare una sorta di compartecipazione civica sussidiaria disponendo che l'eventuale denuncia del cittadino o querela della parte lesa fossero sottoposte al vaglio del giudice. «L'intervento giurisdizionale», spiegava il ministro, era correlato al principio di legalità dell'azione penale: avrebbe costretto il pubblico ministero «ad agire», dissipando i sospetti sia d'inerzia sia di astensioni indotte da pressioni «governativ[e]»<sup>48</sup>.

Un simile meccanismo avrebbe modificato il sistema vigente. Il codice del 1865 non prescriveva alcun controllo giurisdizionale sull'effettivo esercizio dell'azione penale: l'eventuale iniziativa del pubblico ministero di archiviare non era sindacabile<sup>49</sup>. Ciò non toglie che, per premunirsi, i funzionari della pubblica accusa, prima di procedere all'invio degli atti *all'archivio*, usavano sollecitare «un'ordinanza del giudice istruttore rispetto ai reati perseguibili a querela privata». La prassi appariva a Manzini del tutto infondata. Infatti il diritto processuale penale «non ammette *azioni di mero accertamento*, positivo o negativo», che servirebbero impropriamente ad «esimere il p.m. dalla responsabilità funzionale che gli compete, a invocare decisioni giurisdizionali di pura interpretazione e non anche d'applicazione della legge, o ad instaurare

<sup>46</sup> Alessandro STOPPATO, *L'azione penale nei suoi caratteri fondamentali*, in «Rivista penale», XIX (1893), vol. XXXVII (VII terza s.), fs. VI, p. 515.

<sup>47</sup> Biagio PETROCELLI, *Il pubblico ministero e l'unità dell'istruttoria penale*, in «Rivista penale», CII (1925), p. 13.

<sup>48</sup> FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione 1905*, cit. in nt. 14, pp. 140-1.

<sup>49</sup> Alessandro ANDRONIO, *Pubblico ministero e direzione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale* diretto da Giorgio Spangher, III: *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Giulio Garuti, Torino, Utet 2009, p. 250.

giudizi puramente accademici e giuridicamente indefinibili». Inoltre – proseguiva il penalista friulano – l'attore, ossia il p.m., organo dello Stato, difettava di interesse ad agire, essendo chiamato a determinare la volontà della legge nel caso concreto: e la sua funzione era «di levare e non di porre ostacoli all'azione penale»<sup>50</sup>.

All'opposto, una sentenza della Sezione d'Accusa di Roma del 24 aprile 1911 aveva ammesso che il pubblico ministero, per dirimere il contrasto insorto con la parte civile, invocasse una pronuncia giurisdizionale di mero accertamento. Manzini censurava severamente la sentenza romana: i giudici, a suo avviso, non potevano esser chiamati ad insegnare al p.m., mediante decisioni ermeneutiche, «il modo di interpretare quella legge ch'egli deve applicare nell'esercizio della sua funzione»<sup>51</sup>.

Ma la strada imboccata dal legislatore era proprio quella osteggiata dal Manzini. Sulla scorta del progetto 1911 (art. 191), l'art. 179 comma II del definitivo c.p.p. 1913 stabiliva che il procuratore del re, «se reputi che per il fatto non si debba promuovere azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto».

La risposta della dottrina alla nuova disciplina fu contrastante. Alimena considerò l'art. 179<sup>2</sup> un prezioso strumento nelle mani del p.m. per sottrarsi ad azioni contrastanti col proprio convincimento e, in particolare, a *notitiae criminis* pervenutegli dal ministero a volte a mo' di «veri ordini». Dal suo canto Stoppato, rintuzzando la tesi manziniana, osservò che la declaratoria del giudice non consisteva in una «decisione di mera interpretazione di legge», ma serviva, al contrario, a valutare se «promuovere azione penale», giacché il p.m. disponeva della facoltà di esercitare l'azione ma non di «decidere sulla sua inesistenza o infondatezza»<sup>52</sup>. Da altri fronti eterogenei, invece, sulla nuova disposizione piovvero le critiche<sup>53</sup>.

Altrettanto 'liberale' fu l'esclusione, prospettata sin dal progetto del 1905, del pubblico ministero dal novero delle parti. Anche uno studioso sempre più

<sup>50</sup> MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, n. 385, pp. 563-4.

<sup>51</sup> Ivi, pp. 563-4, nt. 2.

<sup>52</sup> ALIMENA, *Principii*, cit. in nt. 17, I, p. 291; STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, p. 12.

<sup>53</sup> Luigi LUCCHINI, *Il nuovo codice di procedura penale. Impressioni e appunti*, in «Rivista penale», XXXIX (1913), vol. LXXVIII (XXVIII quarta s.), fs. IV (ott.), p. 397 addita il nuovo art. 179 comma II come una delle norme che rallentano il corso del procedimento. Nel 1914 FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 50 osserva che la garanzia per il denunciante o leso risultava vanificata dal fatto che non fosse prevista la partecipazione di quest'ultimo al procedimento sfociante nel decreto del giudice istruttore.

influyente come il Manzini era d'accordo. Sicché il ministro siciliano poté confermare, nella relazione al re, il senso simbolico di quell'innovazione semantica<sup>54</sup>.

A conti fatti, il c.p.p. 1913 assegnava al pubblico ministero un «ruolo di puro accusatore» dotato di funzioni essenzialmente «investigative»<sup>55</sup>. Uno schema pubblicato da Florian chiarisce il ventaglio di *chance* che nella fase preliminare si apriva al procuratore del re. Questi avrebbe potuto decidere di trasmettere gli atti al pretore (*ex art. 179 comma III*) o ad altra autorità competente; richiedere al giudice istruttore il decreto secondo cui l'azione penale non avrebbe dovuto promuoversi (*art. 179 comma II*); svolgere indagini (o dirigendo la polizia giudiziaria o effettuando un'istruzione sommaria). Terminata tale fase, il procuratore (salvo l'esercizio della facoltà, concessa al lesso per ingiuria o diffamazione, di citazione diretta; e salvi i reati pretorili) avrebbe deciso in autonomia se promuovere l'azione penale: e ciò avrebbe potuto fare o richiedendo l'istruzione formale o promovendo il giudizio di cognizione (per citazione diretta o direttissima: *art. 179 comma I*)<sup>56</sup>.

7. *Da santoni immobili a solitari protagonisti*. – La taccia – tradizionalmente mossa ai pubblici ministeri nelle congiunture politiche più turbolente – di inattività nell'esercizio dell'azione penale si ripropose puntuale durante il *biennio rosso*. Nel maggio del 1921 «Rivista penale», che sembrava, in quella fase, auspicare un ruolo d'ordine del fascismo, deplorò, in un'anonima nota probabilmente di pugno del Lucchini, l'inerzia dei procuratori del re, i quali, dimenticando di essere «depositar[i] della pubblica azione» *ex art. 1 c.p.p. 1913*, restavano «tranquillamente ad attendere le denunce, le querele, i rapporti, i referti, senza di cui credono di non potersi muovere [...]. Fuori può infuriare quanto si voglia la bufera», ma essi rimanevano «fermi come torre che non crolla ad attendere che qualcuno li scuota dal letargo», simili ai «santoni che nell'oriente musulmano riscuotono la venerazione delle turbe creduli ed idiote». Il corsivista coglieva l'occasione per chiamare in correità il «supremo reggitore» dei pubblici ministeri, ossia il guardasigilli<sup>57</sup>. Analoga

<sup>54</sup> FINOCCHIARO-APRILE, *Relazione al Re*, cit. in nt. 42, p. 562. A sostegno STOPPATO, *Commento I*, cit. in nt. 30, p. 17, verso il quale è invece critico FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 106, nt. 3. D'accordo sul p.m. parte già MANZINI, *Manuale*, cit. in nt. 17, pp. 14-5; ivi, pp. 297-8 l'A. parlava di parte «in senso meramente formale».

<sup>55</sup> STORTI, *Accusare*, cit. in nt. 6, pp. 363-4.

<sup>56</sup> FLORIAN, *Il processo*, cit. in nt. 15, p. 115.

<sup>57</sup> *Funzione attiva o passiva del pubblico ministero*, in «Rivista penale», XLVII (1921), vol. XCIII (III sesta s.), fs. 5 (mag.), *Cronaca*, pp. 492-4.

denuncia lanciò il foglio lucchiniano circa un anno dopo, di fronte alla presunta inadempienza d'un pubblico ministero che, nonostante il «clangore delle mille trombe giornalistiche», esitava a promuovere l'azione penale – in spregio, quindi, dell'art. 139 dell'ordinamento giudiziario ma anche dell'art. 163 c.p.p. che lo voleva «capo della polizia giudiziaria» – contro un pediatra romano colpevole d'aver procurato gravi patologie neonatali. Anche in questo caso nell'accusa di omissione erano accomunati il procuratore generale e il ministro<sup>58</sup>.

Esprimeva, perciò, un comune sentire 'reazionario' l'ordinamento giudiziario Oviglio [art. 77 del r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786] allorché, accentuando il profilo funzionale e disciplinare della pubblica accusa, stabiliva che «il pubblico ministero rappresenta il potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è organizzato gerarchicamente sotto la direzione del ministro della giustizia». Il giro di vite appare in perfetta sintonia con l'orientamento espresso da Alfredo Rocco nella relazione alla legge-delega 24 dicembre 1925, n. 2260, che autorizzava il governo, tra l'altro, a 'ritoccare' i codici penali: in quella sede il ministro definiva senza mezzi termini «iperboliche» l'«indipendenza e neutralità» riconosciute al p.m. dall'ancor vigente c.p.p. 1913<sup>59</sup>.

Del resto, il dibattito preparatorio alla stessa legge-delega aveva riportato al centro dell'attenzione parlamentare la questione dell'obbligatorietà. Di essa si stava occupando, invero, anche la scuola tecnico-giuridica, notoriamente vicina al regime: ma le conclusioni degli esponenti più illustri non collimavano.

Al Congresso penitenziario di Londra del 1925 Edoardo Massari aveva difeso il principio dell'accusa obbligatoria perché coerente con lo Stato di diritto ed utile alla cooperazione internazionale contro la criminalità. Egli aveva tuttavia ammesso che una qualche discrezionalità potesse preservarsi nel campo dei delitti politici<sup>60</sup>.

Più cinicamente il Manzini, nel *Trattato* del 1925, aveva osservato come la *legalità* dell'azione penale andasse intesa nel senso che lo Stato esercita la pretesa punitiva «ogniqualevolta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge». Ma aveva polemicamente aggiunto «che, sotto governi o deboli o prepotenti, la politica può in pratica paralizzare l'applicazione di qualsiasi norma giuridi-

<sup>58</sup> *Le funzioni del p.m.*, in «Rivista penale», XLVIII (1922), vol. XCV (V sesta s.), fs. 5 (mag.), *Cronaca*, pp. 487-8.

<sup>59</sup> Franco CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, Utet 1986, p. 99.

<sup>60</sup> Eduardo MASSARI, *Rapport au Congrès pénitentiaire international de Londres – 1925. Travaux préparatoires. Première section – Première question*, s.l. né d. [London 1925], pp. 3-12.

ca. Così appunto è avvenuto non di rado durante quello sciagurato regime 'democratico' che nell'ultimo cinquantennio ha sgovernato l'Italia. La debolezza del governo, preoccupato di barcamenare alla meglio tra i frangenti della semi-anarchia sociale, ha spesso sostituito il criterio della più illegale e spudorata discrezionalità a quello della necessità. Basti rammentare i criminosi scioperi [...]» i cui autori «non ebbero neppure la molestia d'un procedimento penale, per arbitrio di quegli ufficiali del p.m. che sapevano interpretare la volontà dei suddetti governi demolitori»<sup>61</sup>.

La sfuggente definizione manziniana di *legalità* (sussistenza in concreto delle condizioni di legge) segnava una torsione rispetto alla più rigorosa accezione di *obbligatorietà* dallo stesso studioso caldeggiata in passato. Di questa nuova sfumatura s'impadronì prontamente il ministro Rocco. Il 27 maggio del 1925, rispondendo, alla Camera dei Deputati, al relatore Sarrocchi sulle *modifiche* da apportare al codice di procedura penale, il guardasigilli diede per scontato, a proposito di *legalità* dell'azione penale, che l'esercizio di un diritto pubblico costituisse anche un pubblico *dovere* (una tesi che, come si è visto *supra*, § 3, aveva sostenuto nel 1905 suo fratello Arturo): e che, per converso, il criterio della *discrezionalità* andava inteso con riferimento non a quella *pura* bensì «ragionevole e giusta», ossia subordinata al riscontro dei requisiti di legge. A nessuno – rifletteva il ministro – verrebbe in mente che il p.m. «possa, a suo arbitrio, esercitare o non esercitare l'azione penale: egli la deve sempre esercitare quando vi sono gli elementi», ossia «appaia possibile e verosimile» che il reato sia stato commesso. «La questione non sta dunque nel decidere se l'azione penale sia o non obbligatoria», perché «lo è indubbiamente». La questione consiste «nel vedere chi debba essere giudice della esistenza concreta di questo pubblico dovere e del suo esercizio»: se lo stesso pubblico ministero ovvero «un'autorità estranea a lui, che si sovrappone a lui, che giudica su di lui e che quindi usurpa in parte o [ne] assume [...] le funzioni». Il quesito retorico lasciava presagire la soluzione: ad avviso di Rocco, «giudice dell'esistenza» delle condizioni per esercitare l'azione penale avrebbe dovuto «essere lo stesso pubblico ministero, sia pure con tutte le necessarie garanzie, perché la discrezionalità non si tramuti in arbitrio»<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano. Seconda edizione rivodata e accresciuta [...]*, Torino, Bocca 1925, I, pp. 180-3.

<sup>62</sup> Alfredo ROCCO, *Sulla delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'Ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice Civile. Discorso pronunciato alla Camera dei Deputati nella*

Al Senato, nella tornata del dicembre 1925, il contraddittore del ministro fu Alessandro Stoppato, uno dei principali artefici del c.p.p. 1913. Il professore bolognese proponeva che l'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. rimanesse sottoposto al controllo del giudice istruttore, come prevedeva il vigente art. 179. Rocco replicò rilevando gli «infiniti inconvenienti» del meccanismo e soprattutto la defatigante «perdita di tempo»: meglio, dunque, lasciar apprezzare allo stesso p.m. l'esistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione penale, anche al fine di evitare contraddizioni tra il concedere un diritto e negare la facoltà di esercitarlo. All'obiezione di Stoppato secondo cui al giudice sarebbe pur sempre toccata, al momento di pronunciare la sentenza istruttoria, una deliberazione sulla sufficienza degli elementi per agire, Rocco ribatteva osservando che la valutazione qui in esame era soltanto quella relativa all'avvio dell'azione: scelta da rimettere al p.m., se non lo si voleva ridurre a «materiale trasmettitore di carte»<sup>63</sup>.

La ferrea determinazione di Manzini e di Rocco, agevolata dall'assenza di effettivo confronto parlamentare, consentì di inserire nel progetto preliminare del 1929 – opera, del resto, pressoché solitaria del giurista udinese – il principio di legalità inteso come verifica 'autoreferenziale' dei requisiti di legge necessari ad esercitare l'azione penale: eliminato il controllo «il più delle volte praticamente illusorio» del giudice, il testo rimetteva al pubblico ministero il potere di archiviare laddove ravvisasse la «manifesta infondatezza del rapporto, del referato, della denuncia, della querela o dell'istanza». Il guardasigilli garantì che la decisione del p.m. non sarebbe sfociata in arbitrio, grazie all'assetto gerarchico delle procure che avrebbe consentito, se del caso, di ricorrere sino al ministro<sup>64</sup>. Accolta freddamente dalla dottrina, la proposta fu ribadita nel definitivo art. 74<sup>2</sup> c.p.p. 1930, che peraltro obbligava il pubblico ministero ad informare dell'archiviazione il superiore gerarchico<sup>65</sup>.

*tornata del 27 maggio 1925*, Roma, Tip. della Camera dei Deputati 1925, pp. 29-30. Il brano è riprodotto anche in Alfredo ROCCO, *Discorsi parlamentari*. Con un saggio di G. Vassalli, Bologna, il Mulino 2005, pp. 192-3.

<sup>63</sup> ROCCO, *Riforma*, cit. in nt. 15, pp. 36-9 (il testo è anche in ID., *Discorsi*, cit. in nt. 62, pp. 275-7). In effetti (ANDRONIO, *Pubblico ministero*, cit. in nt. 49, p. 252), il «fulcro» della disciplina del c.p.p. 1930 consiste proprio nella convinzione, implicitamente 'confessata' da Rocco al Senato, che «l'obbligatorietà dell'azione penale non riguardasse la fase preliminare al suo esercizio».

<sup>64</sup> Alfredo ROCCO, *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VIII. Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli*, Roma, Tip. delle Mantellate 1929, pp. 21-2.

<sup>65</sup> Alfredo ROCCO, *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO,

Argomenti e rassicurazioni di Alfredo Rocco si rintracciano quasi alla lettera, come in un gioco di specchi, nell'edizione 1931 del *Trattato* di Manzini, autentico ispiratore del *revirement* codicistico. Il professore udinese sottolineò la compatibilità del controllo gerarchico (che sostituiva quello giurisdizionale) con l'obbligatorietà dell'azione penale, sul presupposto che il p.m. restava «obbligato a procedere sempre quando vi sia un'apparenza di fondamento della notizia di reato, esclusa ogni considerazione di mera opportunità. E ciò risulta tanto più evidente, quando si consideri che l'archiviazione non è lasciata senza controllo. Il procuratore del re, invero, deve informare il procuratore generale dell'ordinata archiviazione, e questi, richiamati gli atti, può invece disporre che si proceda»<sup>66</sup>.

Il palcoscenico parlamentare permise a Rocco, in un *vis-à-vis* per certi versi simbolico con l'anziano Stoppato, di annunciare anche la restituzione al pubblico ministero della «qualità di parte»<sup>67</sup>. La tesi, recepita nel progetto preliminare e poi dalla Commissione interparlamentare nonostante le perplessità del presidente D'Amelio, approdò al progetto definitivo, dove il ministro liquidò la vicenda come «questione più che altro accademica»<sup>68</sup>.

*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume X: Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli on. Al. Rocco*, Roma, Tipografia delle Mantellate 1930, p. 23. Sull'accoglienza della dottrina mi permetto di rinviare a Marco Nicola MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, Milano, Giuffrè 2010, p. 103, nt. 133.

<sup>66</sup> Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice. Con prefazione di Alfredo Rocco ministro della Giustizia*, I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1931, pp. 210-1. Sui risvolti politici della soluzione codicistica cfr. Vladimiro ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Giovanni Conso, Bologna, Zanichelli 1979, pp. 3-17.

<sup>67</sup> Il tema era stato solo sfiorato alla Camera: ROCCO, *Sulla delega*, cit. in nt. 62, p. 27. Per l'intervento di Stoppato al Senato cfr. *Atti parlamentari della l. 24 dicembre 1925 n. 2260, che delega al governo del re la facoltà di emendare i codici penale e di procedura penale. Relazione dell'on. Alessandro Stoppato sulla riforma del codice di procedura penale*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, I, Roma, Tip. delle Mantellate 1928, pp. 213-4; per la replica ROCCO, *Riforma*, cit. in nt. 15, pp. 39-41.

<sup>68</sup> ROCCO, *Relazione*, cit. in nt. 64, p. 21 (progetto preliminare); Luigi GRANATA, *Posizione costituzionale e funzione giuridica del Pubblico Ministero*, in «Archivio Penale», III, 1947, pt. I, fs. 3-4, p. 133 (resistenze di D'Amelio); ROCCO, *Relazione*, cit. in nt. 65, p. 22 (progetto definitivo).

In realtà la *querelle* proseguì nella fase costituente<sup>69</sup> e tornò ad intrecciarsi con il tema della *legalità* dell'azione penale. Mentre, infatti, Giovanni Leone proponeva salomonicamente che il p.m. agisse da *parte* quando promuoveva l'azione e da *consulente* allorché forniva al giudice pareri o conclusioni<sup>70</sup>, Granata rilevava come la qualifica di *parte* improvvidamente restituita al pubblico ministero dal c.p.p. del 1930 entrasse in collisione col principio di obbligatorietà<sup>71</sup>.

Sul piano formale, ben poco innovò l'ordinamento giudiziario Grandi (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12), in base al quale (art. 69) «il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce». La dottrina circoscrisse la *direzione* del ministro alle sole attribuzioni di carattere amministrativo, negandogli un eventuale potere sostitutivo in caso d'inerzia del p.m. nell'esercizio dell'azione penale: ma questa cautela può leggersi come una forma di deresponsabilizzazione dell'esecutivo rispetto alle singole scelte giudiziarie del magistrato, che peraltro resta subordinato al governo. L'art. 69 fu modificato dalla «legge Togliatti» (r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, art. 39), che soppiantò la *direzione* del ministro con una più sfumata *vigilanza*. Nella commissione Forti, istituita per la riorganizzazione dello Stato negli ultimi mesi del 1945, Piero Calamandrei propugnò un p.m. inserito nell'ordine giudiziario e indipendente dall'esecutivo<sup>72</sup>.

Il governo Bonomi ripristinò il controllo giurisdizionale sull'archiviazione. L'art. 6 del d. lgs. lt. 14 settembre 1944, n. 288, modificando l'art. 74<sup>3</sup>, obbligò il p.m. a richiederla al giudice istruttore, il quale se avesse ritenuto di non accoglierla avrebbe proceduto in via formale<sup>73</sup>. La soluzione trovò un qualche seguìto nella Costituente. Leone, in particolare, suggerì che, in caso d'inerzia del p.m. nell'esercizio dell'azione, potesse intervenire il giudice *ex officio*<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Francesco CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, Edizioni dell'Ateneo 1947, p. 157 ironizzava sull'«indovinello» d'una parte imparziale.

<sup>70</sup> Giovanni LEONE, *Sulla riforma del codice di procedura penale. Congresso Nazionale Giuridico - Firenze. Relazione*, in «Archivio Penale», III, 1947, pt. I, fs. 9-12, pp. 461-2.

<sup>71</sup> GRANATA, *Posizione costituzionale*, cit. in nt. 68, p. 149.

<sup>72</sup> Piero CALAMANDREI, *Relazione preliminare sul tema «Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana»*, in *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato. 1945-1946*, a cura di Gianfranco D'Alessio, Bologna, il Mulino 1979, p. 623.

<sup>73</sup> Guido NEPPI MODONA - Luciano VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Torino, Tirrenia Stampatori 1978, p. 325; CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit. in nt. 14, pp. 35-9, anche per i molteplici dilemmi ermeneutici cui la nuova disciplina diede luogo.

<sup>74</sup> ANDRONIO, *Pubblico ministero*, cit. in nt. 49, p. 253.

Nella Commissione dei 75 Calamandrei propose un testo piú articolato di quello definitivo: «L'azione penale è pubblica, e il p.m. ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza». Targetti e Bettiol ritennero però che potesse risultare, viceversa, opportuno consentire al p.m. di ritardare l'esercizio, specie di fronte a sussulti politici<sup>75</sup>. Il testo poi approvato [art. 112: *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*] non contiene espliciti riferimenti né alla pubblicità dell'azione penale né al divieto al p.m. di sospendere o ritardare l'esercizio dell'azione stessa né al controllo giurisdizionale sull'archiviazione. Secondo parte della dottrina, tuttavia, la perentorietà della norma costituzionale implica tutti i suddetti principi<sup>76</sup>.

Strano destino, quello della *obbligatorietà* dell'azione penale. Intangibile nei proclami, spesso (e forse inevitabilmente) tradita nella prassi; regolamentata da molteplici norme, ma mai codificata *apertis verbis*; da maneggiare secondo criteri di legge, eppure capace d'incomprimibili residui di discrezionalità operativa. Persino quando è stata costituzionalizzata ha lasciato al *non detto* larghi spazi d'immaginazione.

Claudio Botti

1. Sappiamo bene che per Costituzione l'azione penale è anche per il pubblico ministero un *dovere*.

L'Avvocatura ha sempre difeso questa c.d. *obbligatorietà*, anche e soprattutto come uno strumento a tutela dell'uguaglianza e come un freno all'insopprimibile contenuto di "politicalità" insito nell'azione stessa. Ma questa difesa proclamata e declamata non ci deve fare confondere con quanti sono interessati a conservare la realtà di fatto di una *discrezionalità surrettizia e incontrollata*, che lede quei valori assai piú di quanto non li lederebbe (e certamente li lederebbe) una discrezionalità controllata e manifesta secondo criteri determinati.

L'obbligatorietà della azione penale, così come interpretata ed applicata, invece finisce proprio con il vanificare il principio costituzionale dell'uguaglianza del cittadino di fronte alla legge. Occorre, dunque, lavorare, impegnarsi, elaborare proposte realistiche, tese a promuovere fin dove è possibile l'obbligatorietà *effettiva* e, semmai, ad istituire dei *rimedi* o *contrappesi* verso

<sup>75</sup> Giuseppe D'ELIA, *Art. 112*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, Utet, Torino 2008, III, p. 2127.

<sup>76</sup> ANDRONIO, *Pubblico ministero*, cit. in nt. 49, p. 253.

il perdurare di aree di discrezionalità, più o meno occulta o sommersa.

Poiché solo una parte dei crimini che vengono commessi possono essere concretamente perseguiti con efficacia, si susseguono scelte di natura discrezionale sull'iniziativa penale e sull'uso dei mezzi di indagine necessari a sostenerla. Tali scelte sono lasciate alle singole Procure e spesso anche ai singoli sostituti procuratori che le compiono naturalmente con criteri tra loro diversi.

Giovanni Falcone molto efficacemente definiva questo fenomeno come variabile impazzita del sistema.

2. La prima iniziativa che introdusse un criterio di lavoro basato sulla indicazione di criteri di priorità può farsi risalire al 1990 ed è nota come "circolare Zagrebelsky". Il documento, volto a disciplinare le procedure organizzative della Procura della Repubblica Circondariale di Torino, indicò vere e proprie corsie preferenziali per talune ben individuate tipologie di notizie di reato.

Sulla scia di tale presa di posizione, diversi dirigenti di uffici giudiziari hanno dato vita ad una intensa attività paralegislativa che è stata sostanzialmente avallata dal Consiglio Superiore della Magistratura. In linea di massima queste iniziative estemporanee hanno riprodotto quasi pedissequamente i criteri indicati dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. pur con qualche caso di originalità.

È di tutta evidenza come il lasciare ai dirigenti degli uffici la completa discrezionalità in ordine al "se" ed al "come" stabilire i criteri di priorità possa condurre ad esiti, a volte, opposti e schizofrenici.

È indispensabile chiedersi: ma è sostenibile una tale autonomia e differenziazione di discipline? Fino a che punto l'attuale assetto rispetta la vera *ratio* dell'art. 112, ovvero la tutela dei principi di uguaglianza e di legalità, oltre che di indipendenza della magistratura?

Non vi è dubbio che assegnare un compito del genere ad una parte, come il rappresentante dell'accusa, che peraltro già possiede prerogative e privilegi che la pongono su un piano del tutto diverso rispetto al difensore dell'imputato, significherebbe introdurre un ulteriore motivo di sperequazione nel processo. Al tempo stesso, si altererebbero pesantemente anche gli equilibri all'interno del CSM, sempre a vantaggio della magistratura inquirente, che diventerebbe protagonista esclusiva di una decisione dal taglio decisamente politico, a tutto discapito della magistratura giudicante, sempre più relegata ad un ruolo di complemento.

3. Non essendo più procrastinabile la situazione attuale bisogna quindi interrogarsi su quali siano le possibili prospettive di intervento.

Diverse sono state negli anni le proposte di riforma costituzionale volte a modificare l'art. 112 e tutte individuavano la definizione in via legislativa dei criteri di priorità.

Le ragioni poste alla base di queste proposte di riforma appaiono condivisibili e animate da una apprezzabile dose di buon senso. Tuttavia occorre anche interrogarsi sulle conseguenze reali che tali riforme costituzionali potrebbero avere nell'equilibrio dei rapporti tra indipendenza e responsabilità dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri nel nostro Paese.

Dare al Parlamento o all'esecutivo il compito di stabilire i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale determinerebbe certamente una limitazione della indipendenza del corpo giudiziario.

La domanda da porsi, in realtà, è sino a che punto siamo pronti a limitare il principio della indipendenza della magistratura a favore di una maggiore efficienza e responsabilità del sistema giudiziario.

Il quesito è in qualche modo speculare a quello che riguarda un altro atavico tabù del nostro Ordinamento Giudiziario: la unicità delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Entrambe le questioni, infatti, offrono molti spunti di riflessione e di preoccupazione comuni, per le ricadute che la loro soluzione potrebbe avere sulla autonomia della magistratura dal potere esecutivo.

Affrontare, e finalmente risolvere questi snodi fondamentali, potrebbe significare dare concreta attuazione all'art 111 della Costituzione che impone al processo penale tempi di durata e qualità della giurisdizione che, al contrario, l'attuale situazione certamente impedisce.

Bisognerebbe però assolutamente evitare che queste riforme così importanti vengano approntate ed attuate con spirito conflittuale ed intenti punitivi, solo per ridurre l'autonomia della magistratura e limitarne l'iniziativa e l'indipendenza.

Non vi è alcun dubbio che nessun Ufficio Giudiziario è attrezzato adeguatamente per selezionare e gestire l'enorme quantità di notizie di reato, reali o presunte, da cui quotidianamente è investito.

Il presunto obbligo di esercitare l'azione penale determina paralisi e caos in tutti gli uffici di Procura e produce, soprattutto per la ordinaria amministrazione, indagini di qualità sempre peggiore. La gran parte dei fascicoli processuali è sostanzialmente uguale nel suo contenuto da quando viene formato, con l'iscrizione ex art 335 cpp dei soggetti indagati al registro delle notizie di reato, a quando viene esercitata l'azione penale. Quanti inutili e defatiganti processi si potrebbero evitare con una gestione più accorta di questa fase che precede le determinazioni del pm.

Ogni magistrato inquirente, di fatto, decide con criteri assolutamente eterogenei e soggettivi le sue priorità investigative. Molto spesso queste scelte sono ispirate più da protagonismi e desideri di visibilità personali che da reali esigenze di politica criminale o di tutela della collettività.

Il problema per tutte queste ragioni non può trovare una adeguata soluzione attraverso quelle norme processuali, già esistenti, anche se orientate a realizzare esigenze dichiaratamente deflattive.

Senz'altro l'esperienza dei riti minorili, in particolare quella relativa alla "messa alla prova" ex art 27 d.lgs. 272/1989 o di "proscioglimento per irrilevanza e/o tenuità del fatto", hanno consentito una selezione a monte di tutte quelle notizie di reato che, non destando particolare allarme sociale, non richiedono verifiche giurisdizionali, né prevedono particolari rigori sanzionatori.

Analogamente alcune previsioni contenute negli art 34 e 35 del d.lgs. 274/2000, che disciplina i procedimenti innanzi al Giudice di Pace, hanno certamente evitato aggravamenti dei ruoli dibattimentali privilegiando soluzioni diverse da quelle dell'accertamento del fatto reato.

Nonostante un giudizio positivo su queste utili soluzioni alternative all'esercizio obbligatorio dell'azione penale, non è ipotizzabile che estendere la loro applicazione anche per reati più gravi, o per indagati maggiorenni, possa effettivamente rappresentare un concreto passo avanti per superare tutte le ricadute negative che l'art. 112 produce sul corretto funzionamento del nostro sistema giudiziario.

4. Diverse le considerazioni da fare, invece, in ordine ai poteri di controllo assegnati al Giudice della Udienza Preliminare dopo le riforme del 1999. Le modifiche legislative, seppure finalizzate a limitare gli eccessi e gli abusi della azione del PM non accompagnata da una ragionevole prognosi di condanna, hanno finito per stravolgere la originaria natura della udienza preliminare e la sua coerente collocazione di sistema. Il medesimo giudice, delegato a governare questo importante snodo tra procedimento e processo, ha acquisito persino autonomi poteri di acquisizione probatoria, quasi un retaggio di un modello processuale di stampo marcatamente inquisitorio.

Insomma un vero e proprio vulnus di quel sistema bifasico disegnato dal Legislatore del 1988, che ha finito per restituire autorevolezza e credibilità alla azione del PM, non solo come esercizio di un dovere-potere assegnatogli dal precetto costituzionale, ma anche in termini di fondatezza e credibilità del suo contenuto ai fini dell'accertamento di responsabilità. Peraltro, ancora una volta, senza incidere minimamente nella reale soluzione dei problemi collegati

alle effettive modalità di attuazione dell'art.112.

La selezione andrebbe esercitata a monte individuando quali siano i comportamenti devianti che debbano, o meno, continuare ad avere rilevanza penale.

Due le strade da seguire: innanzitutto una sera e radicale depenalizzazione, molto più ampia e lungimirante dei timidi tentativi realizzati fino ad oggi.

Individuare sanzioni amministrative rapide ed efficaci per centinaia e centinaia di fattispecie, ritenute ancora penalmente rilevanti, avrebbe un duplice effetto positivo. Da un lato si potrebbe alleggerire in modo significativo il carico di quegli uffici giudiziari delegati a ricevere, smistare, registrare ed assegnare una enorme mole di pseudo-notizie di reato che comunque impongono il medesimo iter burocratico di quelle più serie e qualificate. Dall'altro si risolverebbe il problema della assoluta inefficacia sanzionatoria che caratterizza l'esito di molti processi che impegnano tantissimi giudici, in tutti i Tribunali, per decidere su vicende più o meno *bagattellare*, che, se finalmente qualificate come illeciti amministrativi, restituirebbero alle sanzioni irrogate in concreto, un efficace valore deterrente.

5. Un' altra possibilità di intervento, attraverso una opzione di diritto sostanziale, è quella da tempo sollecitata da autorevoli esponenti della Avvocatura, tra i quali l'attuale giudice costituzionale prof. Giuseppe Frigo, di introdurre l'*azione penale della vittima*, sperimentandola per determinati reati di danno, soprattutto a fronte dell'inerzia del pubblico ministero.

È opportuno ricordare ai retori della vittimologia, come proprio gli avvocati denunciano, non infrequentemente, che i pubblici ministeri per primi trascurano il riguardo alle vittime. Del resto, tale specie di azione è già nel nostro diritto positivo nell'ambito del procedimento penale davanti al giudice di pace ed è ben conosciuta in diversi altri Paesi, così come nella tradizione del processo penale accusatorio.

L'obbligo costituzionale dell'azione penale in capo al pubblico ministero non significa che egli ne abbia anche il monopolio. Il potere di azione può essere anche dislocato altrove. Ecco un altro monopolio, questa volta di fatto, che si può rompere, perseguendo un obbiettivo capace di rivisitare e di scomporre i termini tradizionali della diatriba (che oggi è un po' una guerra di posizione) sulla obbligatorietà o discrezionalità dell'azione penale.

La congerie delle facoltà che sulla carta sono attribuite anche nel nostro codice all'offeso dal reato poco o nulla significano, se ad esse non corrispondono possibilità di incidere realmente nel procedimento.

Depenalizzazione e azione penale della vittima, dunque, due ipotesi concrete e praticabili che produrrebbero molteplici ed immediati effetti positivi.

Si potrebbe finalmente ridurre in maniera drastica l'afflusso di notizie di reato agli Uffici di Procura e sottrarre ai singoli magistrati improvvide e discutibili scelte di priorità.

Un numero di procedimenti di gran lunga inferiore, e quindi concretamente gestibile, eliminerebbe anche l'alibi dell'“atto dovuto”, e limiterebbe così l'assoluta deresponsabilizzazione, di cui oggi godono i pubblici ministeri, anche per indagini scadenti ed iniziative giudiziarie avventate ed indebite.

La obbligatorietà della azione penale potrebbe così avviarsi a diventare, finalmente, un precetto effettivo e rispettoso del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Domenico Manzione

1. Discutere di obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale significa, credo, discutere inevitabilmente dei valori che vi si nascondono dietro e di tutte le implicazioni, anche e soprattutto operative, che ciò comporta. Il rapporto è, in realtà, una proporzione, o forse – meglio – una espressione algebrica: per dirla con Giovanni Conso, in linea di massima, obbligatorietà fa rima con indipendenza e personalizzazione, mentre discrezionalità si coniuga meglio con dipendenza e burocratizzazione, sebbene, conviene rimarcarlo subito, nessuno di questi concetti viva “puro” nel quotidiano giudiziario.

È, anzi, proprio dalla constatazione della loro prasseologica “ossidazione” che si sono alimentate a più riprese le polemiche sulla obbligatorietà dell'azione penale nel processo penale: il canone fissato dall'art. 112 della Costituzione fa fatica a trovare un qualche argomento a sfavore se visto – è ben sottolineato dalla nota introduttiva di Francesca Ruggieri – come diretta promanazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Né può trovarne di più ove si pensi alle ricadute ordinamentali di un simile collegamento, inevitabilmente attestante l'esigenza di un organo d'accusa libero da ogni sorta di condizionamento – perlomeno *ab externo* – nel momento in cui esercita una potestà funzionalmente legata all'affermazione di uno dei principi fondanti l'intero assetto costituzionale repubblicano. Per non dire, poi, dei riflessi che una simile autonomia è deputata a riverberare, a monte, sugli organi investigativi dell'indagine, ossia sulla polizia giudiziaria, e, a valle, sulla stessa libertà del giudice, che, nei moderni sistemi processuali, in tanto può esercitare il suo *Jus-dicere*, in quan-

to venga appunto sollecitato da un attore per statuto tenuto alla obiettività.

È, appunto, “l’ossidazione” di quei principi che si registra nella prassi a fornire argomenti per rimetterli in discussione. La enorme quantità di materiale “penalmente rilevante” che quotidianamente si riversa sugli uffici dell’accusa e la concreta difficoltà a gestirla produce infatti conseguenze che non di rado vengono viste in termini antinomici rispetto a quei principi. Il flusso delle notizie di reato, incanalato in modo casuale, può produrre effetti rilevanti sul principio di eguaglianza; ed è ancor più potenzialmente minaccioso per quel principio quando venga gestito secondo le arbitrarie ed insindacabili scelte compiute dai singoli rappresentanti dell’accusa. Come una slavina, l’effetto va poi ad espandersi su tutta la fase delle indagini e persino sul processo, che finisce per avere, in molti casi, una mera funzionalità notarile, di ratifica della “morte” – per prescrizione – della fattispecie all’esame del giudice.

All’effetto diretto si somma – *tout se tient* – quello indiretto: spreco di risorse personali e materiali comunque impiegate in procedimenti ad epilogo “segnato” e quindi sottratte ad accertamenti e processi che potrebbero essere ben più “proficui”.

Son simili constatazioni che rendono legittimo chiedersi, alla fine, se sia indispensabile conservare quei principi, pur così offesi dalla prassi, o non convenga piuttosto – in una logica di estremo realismo – intraprendere strade diverse; parimenti legittimo è tuttavia chiedersi, al contrario, se la constatazione di divaricazioni – talora inevitabili – tra ontologia e deontologia debba necessariamente riflettersi nell’abbandono di norme costituzionali che alimentano un concetto di “giustizia” fondato essenzialmente sull’eguaglianza (anche di trattamento) dei cittadini di fronte alla legge. D’altronde, una corrispondente questione può porsi con riferimento alla attività giurisdizionale in senso stretto: la formidabile evoluzione che essa ha subito – anche senza invocare la “giurisprudenza dei principi” cui fa riferimento Gustavo Zagrebelsky – per effetto della esigenza di fornire una lettura costituzionalmente orientata della norma giuridica prima, e della norma nazionale a cospetto di quella comunitaria poi, può legittimamente – purché cioè non ispirato da secondi fini più o meno palesi – far sorgere l’interrogativo in ordine alla sua fonte di legittimazione ed al conseguente assetto ordinamentale.

2. Sennonché, con riferimento al processo, la manomissione del principio dell’azione penale obbligatoria somiglia tanto ad una sorta di “ultima *Thule*”: vien proprio qui da chiedersi, in altri termini, se ci sia dietro qualcosa di più che il mero, unico obiettivo di un adeguato contenimento del fenomeno pro-

cessuale. Eppure, l'idea che suppone un accusatore "agente" come decisamente da preferire a quello "inerte" non sembra del tutto tramontata. Nessun migliore antidoto, in effetti, sembra potersi escogitare per espugnare i "porti delle nebbie" (...caro vecchio Simenon), visto che l'azione mette sotto i riflettori anche le vicende più scabrose ed assoggetta le ipotesi accusatorie ai controlli delle parti, del giudice e dell'opinione pubblica; insomma, tanti e penetranti. Anche la attuale disciplina processuale, d'altronde, non sembra insensibile ad una tal prospettiva: è ad essa, assai più che alla "ragionevole durata del processo" (l'espressione è usata, qui, in termini volutamente impropri), che si ispira una disciplina dei termini d'indagine ben più funzionale al controllo dell'inazione piuttosto che del contrario. Ma in quello stesso apparato normativo si affaccia pure la consapevolezza che un processo i cui costi sono così elevati – e non solo in termini di risorse materiali: sovente nel "procedere penale" si annidano rilevanti costi umani – difficilmente può supporre davvero di coltivare tutto e tutto allo stesso modo, tanto più in un sistema alimentato da un talora artificioso e onnivoro panpenalismo oltre che da una reale (e, per certi territori, asfissiante) emergenza criminal-associativa.

La complessità del meccanismo su cui si sono stratificate una incredibile quantità di novelle quasi mai rispettose dell'insieme fa comprendere perché il sistema si riveli, in qualche misura, dissuasivo (purtroppo per le vittime piuttosto che per gli autori di reati). Ma la "fuga dal processo", in altri settori più agevole, non è facilmente praticabile nel campo penale, salvo che non vada ad alimentare la "cifra oscura" dei fatti non emersi o non denunciati. Lo stesso ossimoro di un processo ordinario "sorretto" da riti speciali che si vorrebbero quantitativamente tanto numerosi da scongiurare il rischio di minare la credibilità del rito "principale" non ha dato i risultati sperati: anzi, il mutamento dei rapporti di forza tra diritto processuale e diritto sostanziale ha finito per fare del primo una sorta di socio "tiranno" (prendo a prestito l'espressione da Tullio Padovani) di quest'ultimo, alterando in modo significativo uno dei principi di fondo della dosimetria della pena (la proporzione), cosicché la percezione della sua inesecuzione risulta alla fine dovuta (anche) alle conseguenze della applicazione dei "riti premiali", che, nelle intenzioni, dovrebbero sgombrare il campo dalle faccende di poco conto per riservare ai reati maggiormente gravi l'accertamento più serio, e nei fatti appaiono poco propensi a "piegarsi" ad una tale esigenza.

Non sembra possa dirsi che prova migliore ha dato la variazione della regola di giudizio fissata per l'udienza preliminare (art. 425 Cpp) che, pur equiparata ai criteri di archiviazione, non ha prodotto risultati significativi nella dire-

zione “deflazione”, che ormai sembra essere uno dei pochi punti cardinali ancora non smarrito da una altrimenti ondivaga e disordinata programmazione (?) legislativa. Pensare di ulteriormente “allargare” i confini della valutazione del giudice dell’udienza preliminare è conclusione difficilmente accettabile, soprattutto per chi invece ritiene che l’originaria funzionalità dell’udienza preliminare – il cui epilogo favorevole priva tutte le parti diverse dall’imputato di ogni possibilità di sviluppo del contraddittorio relegando il controllo sulla decisione ai soli confini della “legalità” – fosse bene individuata nella esigenza di amputare le (sole) accuse “azzardate”.

In realtà, appare metafisica l’idea di poter addivenire ad una geometrica applicazione del principio di eguaglianza: è lo stesso processo – come si vede – ad alimentare diseguaglianze; e lo è lo stesso procedere, condizionato com’è dai limiti degli uomini che ne indirizzano lo svolgimento e dalle ristrette risorse o mezzi di cui dispongono. Non sono, insomma, ferite di questo genere che possono indurre a ritenere così “sfregiato” il principio da far pensare che tanto vale abbandonarlo. Al contrario, come tutti i principi è invece bene che sia lì a fornire una traccia dalla quale l’operatore, non distaccandosene troppo, può sperare di ottenere un risultato equo, giusto, non una forma di protezione per privilegi corporativi o peggio personali.

Neppure l’eventuale sospetto di una contaminazione “politica” nell’esercizio dell’azione può essere serio motivo perché – anziché escogitare rimedi che allontanino quel sospetto – ci si imbarchi verso soluzioni ordinamentali che mettano insieme discrezionalità e dipendenza del pubblico ministero, cosa che – ci sembra – non abbisogna di particolari sforzi dimostrativi ove si tenga conto delle enormi tensioni che – da anni – corrono tra mondo politico e mondo giudiziario ma che di questi tempi appaiono particolarmente esasperate e talora assumono la drammaticità del “rapporto di forza”.

Rimane dunque, solitario, lo scopo deflattivo. Non molto se si pensa alle ripercussioni che un diverso assetto costituzionale dell’esercizio dell’azione penale produrrebbe su una serie di altri fronti. E neppure sicuro, come effetto: siamo abituati quotidianamente a celebrare processi a fantasmi; a portarne avanti altri con un dispendio di energie del tutto spropositato (...ma è un eufemismo) rispetto al risultato ottenibile. “A contesto invariato”, come si dice con brutta espressione, non è difficile rendersi conto che le linee guida cui gli organi d’accusa devono attenersi nei Paesi nei quali l’azione penale è discrezionale, non sembrano capaci di portare a risultati così clamorosamente divergenti rispetto a quelli ottenibili coi criteri che soprassedono, nel nostro ordinamento, alla archiviazione della notizia di reato.

3. Ma, posto che sarebbe per alcuni versi inutile e per altri addirittura esiziale abbandonare l'attuale assetto costituzionale, bisogna contemporaneamente convenire che di esso (ha proprio ragione Mario Chiavario) non se ne può fare un tabù – come pure è spesso accaduto – così da respingere ogni tipo di proposta o soluzione che possa avere il merito di contribuire non già ad “indebolire” il principio ma anzi di renderlo più conforme allo scopo (di eguaglianza). E qui la progettualità potrebbe davvero essere varia e non riguardare solo l'aspetto processuale, ma anche quello sostanziale. Una rigorosa osservanza alle circolari che, da Amato in poi, avrebbero dovuto orientare la scelta del legislatore verso un diritto penale veramente minimo, non sarebbe, pur nella consapevolezza dell'emersione di nuovi beni bisognevoli di tutela penale, un cattivo inizio (?!). Così come non sarebbe trascurabile l'aiuto che potrebbe venire al sistema, da un lato, dalla depenalizzazione di fattispecie tutelabili anche mediante una mera sanzione amministrativa e, dall'altro lato, dall'incremento di meccanismi riparatori che consentano di arrivare ad una declaratoria di estinzione del reato (il d. lgs. 758/94 in tema di contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro sembra per esempio aver dato buona prova di sé).

Del pari vanno visti con favore quegli strumenti apprestati con riferimento a sottosistemi (minori, giudice di pace) che, a seguito della constatazione della irrilevanza del fatto o dello svolgimento di attività riparatorie consentano un epilogo favorevole del procedimento o del processo. E non appare poi così rilevante che l'epilogo – inevitabilmente postulante un controllo giudiziale e, all'occorrenza, il coinvolgimento della parte offesa – si collochi nella fase procedimentale piuttosto che processuale in senso proprio. Pare anzi singolare (...ma è solo una delle tante) che il legislatore abbia introdotto quei meccanismi (pensiamo, soprattutto, a quelli previsti nel procedimento davanti al giudice di pace) e non si sia dato carico, dopo l'opportuno rodaggio, di esportarli nel processo ordinario quasi temesse che l'armamentario adoperato dai magistrati onorari non potesse trovare cittadinanza altrove. Né ci sarebbe da scandalizzarsi troppo dall'introduzione di meccanismi che conducessero ad una archiviazione condizionata dall'ottenimento di una determinata condotta da parte dell'indagato. Per non parlare, infine, delle proposte che suggeriscono di allargare l'area della perseguibilità a querela (Spataro) o di quelle, più generali, che ipotizzano la valorizzazione della magistratura onoraria “combinata” alla creazione di un diritto penale “aspecifico” (Nappi), con sanzioni capaci di mutare entità o pelle (da amministrative a penali), essendo la loro irrogazione condizionata da dati di contesto idonei ad assicurare una forma di sussidia-

rietà del diritto penale anche nel momento applicativo della sanzione. La stessa tematica delle priorità, alla fine, ha trovato una sua base normativa nell'art. 132-*bis* Natt. c.p.p., dopo le circolari Zagrebelsky e Maddalena e le polemiche che ad esse si sono succedute e sono oggi di regola contenute in molti dei documenti organizzativi predisposti dai procuratori della Repubblica (semai, si tratta qui di vedere se il meccanismo che porta alla loro individuazione è davvero "bastevole", al di là, beninteso, del doveroso rispetto delle regole normativamente fissate).

Gli strumenti in questione – e stavolta ci limitiamo a quelli processuali – purché correttamente intesi (nessuno, c'è da supporre, potrebbe ipotizzare che fissare le priorità significa scientemente destinare una parte dei procedimenti a prescrizione certa) non minano il principio dell'obbligatorietà; né introducono forme di discrezionalità pura. Al contrario, sotto l'egida della legge, e quindi con l'ausilio di una discrezionalità tecnica e normativamente orientata, contribuiscono, nella misura in cui riducono i margini di scelte arbitrarie, al rafforzamento di quel principio rendendolo il più funzionale possibile al raggiungimento dell'obiettivo che del principio di obbligatorietà costituisce il presupposto ed il fine ultimo al tempo stesso.

Enrico Marzaduri

1. La formula adottata nell'art. 112 Cost., che porta "all'estremo quanto ad assolutezza espressiva (...) un principio che altrove è normativamente tradotto in termini assai più morbidi", attraverso il riferimento alla legalità dell'azione penale [M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994, 71], non deve tuttavia condurre ad equivocare sull'effettivo significato della disposizione. Invero, il Costituente, pur facendo riferimento ad un obbligo sussistente in capo al pubblico ministero, nulla dice quanto ai presupposti di tale obbligo, così che, come ben rileva nelle premesse Francesca Ruggieri, "il principio (...) è stato di volta in volta adattato alle norme del codice di rito, in un dialogo spesso a doppio senso tra norma costituzionale e norma ordinaria".

Ovviamente, ciò non equivale a dire che qualsiasi soluzione adottata dal legislatore potrà ritenersi compatibile con il principio di obbligatorietà: le fattispecie che danno corpo all'obbligo di esercitare l'azione dovranno configurarsi in termini tali "da evitare abusi giudiziari e incontrollabili soggettivismi" [così, ad es., C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale*

penale, Torino 2005, 195], in quanto la garanzia derivante dall'art. 112 Cost., strettamente connessa al principio di legalità sostanziale, impone un apprezzabile grado di determinatezza. La mancanza di parametri tassativi su cui poter misurare la legittimità della rinuncia ad agire finisce per favorire “una incontrollata osmosi tra la valutazione inerente all'assenza dei presupposti dell'azione (...) e il giudizio circa la mera ‘inopportunità’ della persecuzione penale” [in questi termini, tra gli altri, v., in particolare, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 251], che non potrà certo essere neutralizzata dal solo fatto che le iniziative dell'accusa nel senso dell'inazione attendono comunque una convalida da parte dell'organo giurisdizionale [cfr., invece, per un'opinione parzialmente difforme, G. NEPPI MODONA, *sub* art. 112 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, 55 s.].

In proposito, è vero che l'individuazione dell'essenziale linea di discriminazione tra il regime di obbligatorietà e di facoltatività in materia di azione penale può essere raggiunta ricollegandosi alla “circostanza per cui, mentre nei sistemi del primo tipo il pubblico ministero è tenuto di regola a promuovere l'azione – a meno che il processo penale non risulti ‘superfluo’ sulla base di presupposti legislativamente predeterminati – al contrario nei sistemi del secondo tipo il medesimo pubblico ministero è facoltizzato a non attivarsi anche in forza di diverse valutazioni, ed indipendentemente dal risultato dell'accertamento prognostico circa l'eventuale superfluità del processo” [per questa felice sintesi, v. V. GREVI, *Archiviazione per ‘inidoneità probatoria’ ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 1296]. Ma è altrettanto vero che il confine tra la superfluità del processo e l'inopportunità dello stesso risulta “quanto mai labile (...), donde l'ovvia preoccupazione (...) di inserire tra i presupposti dell'archiviazione elementi che tendano ad oggettivare il più possibile” le valutazioni demandate all'organo dell'accusa [cfr. M. CHIAVARIO, *Profili del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in ID., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1995, 55, che, tuttavia, avverte come “non si potrà mai essere completamente sicuri che un giudizio di ‘superfluità del processo’ (...) resti immune da condizionamenti soggettivi – spontanei od indotti – in termini, più o meno palesi, di opinione di ‘inopportunità’ del processo medesimo”].

2. In questa prospettiva, pertanto, l'invito ad “esplorare la strada di una ‘obbligatorietà temperata’”, nel proporre come primo interrogativo quello sulla condivisibilità del criterio espresso nell'art. 125 disp. att. c.p.p. a fronte della finalità “di regolare l'*input* di un carico di lavoro in misura sempre cre-

scente”, impone alcune considerazioni che attengono prima ancora alla capacità del criterio di soddisfare l’esigenza di legalità della condotta tenuta dal pubblico ministero in rapporto a quanto disposto dall’art. 112 Cost..

Sul punto, come noto, a distanza di poco più di un anno dall’entrata in vigore del codice, ebbe ad intervenire con estrema autorevolezza la Corte costituzionale con una decisione, la sent. n. 81 del 15 febbraio 1991, nella quale, fugato ogni dubbio sulla legittimità della soluzione codicistica, si affermò l’esistenza nel sistema del codice di un principio di completezza delle indagini preliminari, un principio che nell’economia della riflessione condotta dai giudici della Consulta svolge un ruolo non secondario proprio per consentire una sufficiente delimitazione della prognosi di inidoneità probatoria a sostenere l’accusa in giudizio, definita dal giudice rimettente “assai ardua e del tutto incerta”. In altre parole, la collocazione della scelta sull’esercizio dell’azione penale all’esito di una fase investigativa che può svilupparsi in ambiti temporali anche notevolmente estesi e che deve portare alla completa individuazione dei mezzi di prova, permetterebbe al pubblico ministero di giungere alla formulazione di un giudizio non equivoco sulla doverosità dell’esercizio dell’azione penale, che costituisce, secondo le parole della Corte, “la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo”.

Ma la quotidiana esperienza processuale ci consegna una realtà assai lontana da quella così rappresentata: le indagini preliminari non si caratterizzano normalmente per una quantomeno tendenziale completezza, ma per una incompletezza, talora clamorosa. Non mancano situazioni nelle quali, perverso, si arriva alla chiusura della fase procedimentale sulla scorta della sola notizia di reato, senza che nel fascicolo depositato ai sensi dell’art. 415-*bis* c.p.p. compaia alcuna traccia dell’attività del pubblico ministero o della polizia giudiziaria. E questa distanza tra lo scenario *in the book* e quello *in the action* è ovviamente destinata a crescere se si prende come riferimento per la completezza delle indagini non più il quadro probatorio necessario per decidere sull’esercizio dell’azione penale, bensì quello necessario per emettere una sentenza sulla fondatezza dell’imputazione: l’esigenza di completezza, per l’appunto, secondo i giudici della Consulta, risulterebbe “rafforzata” dal riconoscimento del diritto dell’imputato a vedere definito il processo nelle forme del giudizio abbreviato, dovendo il pubblico ministero prendere in considerazione tale eventualità nella conduzione della fase investigativa e nella raccolta degli elementi di prova [cfr., per questa tesi, Corte cost. sent. n. 115 del 9 maggio 2001].

Al di là delle riserve che paiono legittimare le soluzioni interpretative fondate sulla necessità del compimento di indagini del tutto prive di lacune, dal

momento che la completezza richiesta dall'art. 125 disp. att. c.p.p. deve essere parametrata sulle sole esigenze espresse nella disposizione, dove si allude ad un'accusa da sostenere in giudizio, quindi, ad una completezza 'relativa' e non ad una completezza 'assoluta', conseguente allo sviluppo di tutti i percorsi investigativi [v., volendo, anche per ulteriori riferimenti, E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI, Napoli 2010, 124 ss.], non si può negare che nella concretezza dell'esperienza giudiziaria vengono meno i riferimenti utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale per rendere sufficientemente oggettivo il criterio individuato dal legislatore per la gestione delle notizie di reato da parte del pubblico ministero.

Nei fatti, il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale sembra così poggiare prevalentemente sulle valutazioni che seguono la richiesta dell'organo dell'accusa, piuttosto che su quelle che la precedono. Il che non pare essere in linea con una piena e corretta attuazione della *ratio* dell'art. 112 Cost., che si indirizza *in primis* nei confronti delle scelte demandate al pubblico ministero, pur non essendo affatto estranea alla stessa l'esigenza del controllo giurisdizionale, sia d'ufficio che stimolato dalla persona offesa.

3. Queste considerazioni incidono altresì sulla valutazione richiesta in ordine al significato che può svolgere il criterio di cui all'art. 125 disp. att. c.p.p. al fine di favorire un'adeguata cernita delle ipotesi di reato meritevoli di pervenire davanti al giudice. Peraltro, anche se il modello delineato dalla Corte costituzionale fosse effettivamente messo in atto, l'esito non sarebbe particolarmente confortante. Difatti, ci troveremmo di fronte ad indagini preliminari estremamente impegnative sul piano dei tempi e delle opzioni, dovendo condurre il pubblico ministero a disporre del materiale necessario per consentire ad un giudice di decidere allo stato degli atti l'eventuale rito abbreviato [per una decisa critica mossa nei confronti dell'"esasperato favor per l'investigazione ad oltranza", G. GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano 2003, 47 ss.]. Ed una simile estensione dell'attività investigativa suscita inevitabili perplessità nell'ambito di un processo che pur sempre è regolato dal principio del contraddittorio tra le parti nella formazione della prova, con le ovvie conseguenze a livello di inutilizzabilità probatoria degli elementi diversamente acquisiti. Gli equilibri così indotti all'interno del procedimento

penale verrebbero con buona probabilità a pesare pericolosamente sulla tenuta delle garanzie riguardanti la fase dibattimentale, che sarebbe chiamata a ricevere in forme più o meno ortodosse le conoscenze già entrate nel cospicuo fascicolo del pubblico ministero piuttosto che a costituire la sede ove si forma la prova per la decisione finale.

Quanto invece al reale funzionamento del modello, questo rivela, nella estrema varietà delle risposte date al tema dell'inidoneità probatoria nei singoli procedimenti, una sostanziale mancanza di rispetto per quel basilare principio di eguaglianza che è a monte dell'art. 112 Cost.. Il maggiore od il minore interesse nutrito dal magistrato per la specifica vicenda, come pure la contingente maggiore o minore disponibilità di mezzi e persone, possono condurre all'esercizio dell'azione penale ora fondato su un'investigazione estremamente articolata e complessa ora invece espressione di una colpevole inerzia dell'organo dell'accusa. Altrettanto, evidentemente, può poi avvenire, ed avviene, nella prospettiva opposta della richiesta di archiviazione.

Insomma, una discrezionalità incontrollata ed imprevedibile nelle scelte che il pubblico ministero è chiamato a compiere tanto nella conduzione quanto nella conclusione delle indagini preliminari.

Con questo non si intende assolutamente affermare che l'accusa pubblica debba avere sempre e comunque gli stessi (poteri e) doveri, quale che sia la natura e/o la gravità dell'addebito per cui si procede. L'esigenza di reprimere i reati, pur corrispondendo in ogni caso ad un interesse pubblico primario, in quanto le condotte incriminate ledono un valore "dotato di diretto od indiretto aggancio costituzionale" [in questi termini, di recente, Corte cost., sent. n. 265 del 21 luglio 2010], pare manifestarsi egualmente in forme diversificate già in relazione all'entità del disvalore connesso alla realizzazione dei fatti per cui si procede. Ma è necessario che questa differenziazione trovi riscontro in previsioni normative il cui rispetto possa essere verificato, prima dallo stesso pubblico ministero, poi dal giudice. Né il problema pare poter essere praticamente superato attraverso il richiamo al ruolo di controllo ed ai conseguenti poteri attribuiti al giudice per le indagini preliminari, nei confronti delle richieste di archiviazione arbitrariamente avanzate, od al giudice dell'udienza preliminare, per i casi di azione penale esercitata nonostante l'insufficienza degli elementi probatori raccolti. Invero, oltre al rilievo già formulato, per cui l'art. 112 Cost. non può non prendere innanzitutto in considerazione la condotta del pubblico ministero, si deve constatare come nel procedimento di archiviazione esercitano un'influenza indubbia sulle decisioni del giudice le scelte dell'accusa, specificamente in assenza di opposizioni della persona offesa; così pure, nell'udien-

za disposta a seguito della richiesta di rinvio a giudizio, nonostante la riforma del 1999 e la sottolineatura dei poteri dell'organo giurisdizionale, quest'ultimo non sembra aver superato un atteggiamento abbastanza generalizzato di sudditanza nei confronti dell'impostazione accusatoria.

4. Una realistica lettura delle capacità di svolgere attività investigativa da parte degli uffici della Procura della Repubblica sembra semmai spingere nella direzione di un ridimensionamento delle pretese in ordine all'ampiezza delle indagini necessariamente presupposte per addivenire ad una decisione sulla sorte dell'azione penale, in linea, peraltro, con una lettura 'letterale' dell'art. 125 disp. att.. D'altronde, le conseguenze sul piano statistico non dovrebbero far avvertire una significativa crescita delle notizie di reato affidate alla fase processuale, nella misura in cui anche adesso una completezza investigativa assoluta non viene raggiunta nella larga maggioranza dei casi in cui il pubblico ministero decide di attivarsi.

Invero, la non superfluità del processo ben può essere accertata, una volta verificata la presenza di una piattaforma probatoria che consente semplicemente di apprezzare la rilevanza penale della vicenda e di formulare, di conseguenza, una prognosi allo stato attendibile sulla possibilità di sostenere l'accusa in giudizio. Del resto, la stessa presenza di disposizioni che autorizzano l'inquirente a riprendere l'attività investigativa od a proseguirla dopo la formulazione dell'imputazione, "sembra, se non smentire, quanto meno temperare il dogma della completezza dei risultati conoscitivi *ante actionem*, lasciando piuttosto intendere l'assunto contrario: e cioè che non su ogni aspetto sia stata fatta compiuta chiarezza, e che perciò sia necessario proseguire le attività di ricerca". All'interno di questa diversa prospettiva, "l'archiviazione torna ad apparire come un provvedimento con il quale si stabilisce che non c'è nulla da decidere", *recitius*, da far decidere ad un giudice, "a conclusione di una fase nella quale ancora non si è compiuto alcun accertamento su un'accusa rivolta a chicchessia, ma che serve semplicemente ad una delle parti per le proprie determinazioni inerenti al promovimento della domanda penale" [M. CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. 1, Milano 2008, 64 s.].

5. L'esclusione di un principio di completezza delle indagini, almeno se inteso nei modi in cui lo considera la Corte costituzionale, non sembra comunque incidere sull'eventualità dell'introduzione nella fase investigativa di epiloghi procedurali legati alla particolare tenuità del fatto od al risarcimento del danno.

a) In effetti, configurare la ridotta offensività della condotta come una causa di legittima rinuncia all'esercizio dell'azione penale, alla stregua di quanto già avviene nel procedimento davanti al giudice di pace (art. 34 d.lgs. 274/2000; diversamente, come noto, nel procedimento minorile l'irrelevanza del fatto viene dichiarata con sentenza: art. 27 d.P.R. 448/1988), implica la possibilità di decidere nel senso della tenuità del fatto assumendo come mera ipotesi la responsabilità dell'indagato. Possibilità esclusa da chi, dopo aver asserito che "gli stessi criteri di esiguità postulano un fatto bagatellare commesso da un autore parimenti 'bagatellare', quindi un illecito 'reale' addebitabile ad un soggetto determinato", ritiene che l'accertamento della responsabilità dell'imputato debba considerarsi "un dato pacifico" [C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza*, cit., 268 s.]. Pertanto, ove si aderisse ad una simile impostazione, neppure un'indagine tendenzialmente completa potrebbe fornire la necessaria premessa probatoria. Tuttavia, a ben vedere, il requisito dell'esiguità non sembra potersi apprezzare solo nell'ambito di un accertamento giurisdizionale della fondatezza dell'accusa [al riguardo, per alcuni spunti, v. F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGIERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.* 2006, 3502 s.]. Difatti, e l'esperienza maturata in un ordinamento come quello tedesco, rispettoso del principio di legalità dell'azione penale, non può risultare privo di significato in proposito [cfr. G. CORDERO, *Oltre il 'patteggiamento' per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il 'nostro' art. 112 Cost.*, in *Leg. pen.* 1986, 688], le modalità della condotta e l'entità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa sembrano costituire oggetto di una valutazione che può essere sviluppata assumendo "l'ipotesi accusatoria, per l'appunto, come mera ipotesi" [Corte cost., sent. n. 311 del 22 ottobre 1997, con riferimento alla decisione del giudice per le indagini preliminari a norma dell'art. 27 comma 1 delle disposizioni sul processo a carico di imputati minorenni]. Sarà compito del pubblico ministero verificare se gli elementi raccolti consentono la formulazione di un giudizio che non equivale a quello altrimenti attestante la superfluità del processo. Ma anche in questo caso si potrà apprezzare una situazione di superfluità del processo, collegata all'individuazione di elementi caratterizzanti la condotta e gli effetti della stessa che rendono per il legislatore ingiustificata l'instaurazione di un processo penale.

Non dovrà parlarsi, quindi, di una vera e propria causa di non punibilità, che renderebbe decisamente difficile affermarne l'esistenza in mancanza di un

accertamento della responsabilità dell'indagato, quanto piuttosto di una situazione di non meritevolezza del processo, collegata alla tenuità della vicenda penale sottoposta al vaglio del pubblico ministero, una situazione di non meritevolezza del processo che, se da un lato non sembra poter essere esclusa sulla base dell'opposizione della persona offesa, dall'altro lato non può essere adeguatamente valutata senza aver acquisito il parere di chi compare come vittima o comunque senza aver messo in condizione tale soggetto di esprimersi al riguardo.

Nella costruzione della fattispecie che potrà così consentire l'archiviazione della notizia di reato, peraltro, dovranno essere evitati i richiami a parametri che finiscono per esaltare la discrezionalità della scelta demandata all'organo dell'accusa, come avviene oggi con il richiamo alle esigenze educative del minore od alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'indagato. Potranno invece ben essere inseriti riferimenti alle modalità della condotta ed all'esiguità delle conseguenze, trattandosi di "criteri forniti di un grado di oggettività e determinatezza sufficiente a ricondurre la discrezionalità dell'autorità giudiziaria entro i confini della compatibilità con i principi di legalità e di obbligatorietà dell'azione penale" [F. CAPRIOLI, G. MELILLO, F. RUGGERI, G. SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario*, cit., 3499].

b) Anche per l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie non si rinvergono ostacoli insuperabili all'inserimento dell'istituto nella fase investigativa del procedimento penale ordinario, potendosi ripercorrere nella sostanza le medesime considerazioni appena riferite alle ipotesi di tenuità del fatto [v., nell'ambito del procedimento davanti al giudice di pace, nonostante la lettera dell'art. 35 comma 1 d.lgs. 274/2000, N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, a cura di L. PICOTTI e G. SPANGHER, Milano 2002, 226]. Indubbiamente, le indagini dovranno aver messo in condizione il pubblico ministero di individuare le conseguenze dannose o pericolose riconducibili all'ipotesi di reato, al fine di operare quella valutazione sulla proporzionalità della condotta riparatoria rispetto alla gravità dell'addebito che permette di apprezzare l'avvenuta compensazione del disvalore del reato. Quindi, l'archiviazione potrà aversi in casi del genere solo sulla scorta di un'attività di indagine adeguatamente sviluppata che contempra altresì il contatto o la ricerca del contatto con la presunta vittima del reato.

Quanto poi al controllo giurisdizionale che dovrà essere esercitato sulle

ipotesi di mancato esercizio dell'azione penale giustificato sulla base della tenuità del fatto o dell'avvenuto risarcimento del danno, questo non sembra doversi delineare in termini qualitativamente diversi da quanto si può desumere dal contenuto degli artt. 409 e 410 c.p.p. In effetti, se di peculiarità si vuol parlare, queste saranno solo il riflesso dell'esigenza di un livello più avanzato di quello ordinariamente richiesto nello sviluppo delle indagini preliminari, indagini che, come si è accennato, debbono permettere di dare risposta ad interrogativi specifici, provocati dalla struttura della fattispecie che può legittimare l'uscita dal procedimento dell'indagato.

6. Gli effetti deflativi riferibili a questi percorsi archiviati non paiono dover essere sottovalutati, anche se sarebbe ingenuo attendere da simili riforme una risposta risolutiva del problema del sovraffollamento giudiziario. Così pure, sempre rimanendo nell'ambito delle riforme processuali, non può essere ulteriormente rinviata una seria considerazione del significato rivestito dai criteri di priorità in una prospettiva di razionalizzazione dei tempi della giustizia penale. E, peraltro, ancora una volta, si dovrà sottolineare la necessità di una manovra complessiva che tenga conto anche delle possibilità di residua depenalizzazione, nonché dell'eventualità di un allargamento dell'area della perseguibilità a querela. Ma laddove non si delineino le condizioni politiche per un'operazione a vasto raggio, non si dovranno trascurare anche gli apporti ridotti che possono discendere da un'estensione al rito ordinario di quelle ormai 'collaudate' sperimentazioni effettuate all'interno del processo minorile e del procedimento dinanzi al giudice di pace.

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di maggio 2011