

legittima l'intervento sostitutivo dell'ufficio del procuratore pubblico ministero istituito presso il giudice di secondo grado, in funzione sussidiaria delle ragioni dell'accusa.

Secondo un primo orientamento — che fa leva sull'espresso richiamo all'applicabilità, in quanto compatibile, dell'art. 412 comma 1 c.p.p. — contenuto nell'art. 421 bis comma 2 c.p.p. — la prerogativa in parola risulterebbe esperibile solo in caso di mancata o parziale ottemperanza all'ordine di svolgere ulteriori indagini provvenienti dal giudice (192). Si tratterebbe, dunque, di un'avvocazione obbligatoria (193) analoga a quella prevista dall'art. 412 comma 1 c.p.p., che è esperibile quando il pubblico ministero si astenga dall'assumere le proprie determinazioni dopo la scadenza del termine di durata massima delle indagini.

In alternativa a tale posizione, invece, si sostiene che il procuratore generale possa disporre l'avvocazione sin da quando riceve la comunicazione del supplemento investigativo disposto dal giudice (194). Tale analogia con quanto stabilito nell'art. 412 comma 2 c.p.p. varrebbe a qualificare questa ipotesi di avvocazione come facoltativa, in conformità alla *littera legis* che attraverso l'impiego della locuzione « può disporre [...] l'avvocazione » sembra qualificare la prerogativa *de qua* in termini di facoltatività (195).

Non manca, infine, chi preferisce enucleare dall'art. 421 bis comma 2 c.p.p. due distinte ipotesi avvocative, una facoltativa e l'altra obbligatoria (196). Secondo quest'ultima ricostruzione, la prima avvocazione troverebbe spazio a

tali da non consentire alla parte pubblica di proporre una decisione in senso conforme alla pretesa rinviativa, fatta valere così, per tutti, Lozzi, *op. cit.*, 391. Prima dell'introduzione dell'art. 421 bis c.p.p. il codice non prevedeva alcun rimedio a fronte dell'eventuale esercizio « apparente » dell'azione penale. In *agg.* v. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. 280 ss.; VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo*, cit. 204 s.; nonché, volendo, Di BITONTO, *Il pubblico ministero nelle indagini preliminari dopo la legge 16 dicembre 1999*, n. 479 in *Cass. pen.*, 2000, 2860 s. Per una casistica sul cosiddetto esercizio apparente dell'azione penale CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 145 ss.

(192) Lozzi, *loc. cit.*; GARUTI, *op. cit.*, 389; NACA, *Indagini preliminari*, cit. 355.
 (193) In termini espliciti su tale profilo v. Lozzi, *loc. cit.*; SARACUSANO F., *op. cit.*, 317 s.
 (194) De Caro, *op. cit.*, 421 s.; SAI, *Avvocazione*, cit. 61; PONTI, *op. cit.*, 2162 s.
 (195) SAI, *loc. cit.*; PONTI, *loc. cit.*
 (196) Di Bitonto, *L'avvocazione facoltativa*, cit. 170 ss.

seguito della ricezione da parte del procuratore generale della comunicazione inviata dal giudice ai sensi dell'art. 421 bis comma 1 c.p.p., quando l'incompletezza delle indagini registrata dal giudice dipenda da progressi inerte dell'indagine, che non abbia dato seguito alle piste investigative risultanti dagli elementi raccolti. L'altra, invece, diverrebbe esperibile dopo la scadenza del tempo fissato per le ulteriori indagini, ove il pubblico ministero di primo grado abbia ommesso di porre in essere il supplemento investigativo disposto dal giudice.

Disposta l'avvocazione in occasione del completamento investigativo *intra iudicis*, il pubblico ministero d'appello subentra nei diritti e facoltà originariamente spettanti all'organo inizialmente procedente, senza alterare l'ulteriore corso del procedimento, la cui conduzione continua a rimanere nella disponibilità del giudice dell'udienza preliminare (197). L'attività espletabile dall'organo avvocante, quindi, ricalca pedissequamente l'estensione delle attribuzioni riconosciute al pubblico ministero a seguito dell'emissione dell'ordinanza giudiziale di completamento delle indagini (198).

Maria Lucia Di Bitonto

FORNÌ. — Art. 107, 108, 112 cost., art. 234, 392 c.p.p. *abr.*, art. 371 *bis*, 372, 412, 413, 421 *bis* c.p.p.; art. 70 ord. giud.; art. 27-29 l. 22 maggio 1975, n. 152, direttiva n. 42 l. 16 febbraio 1987, n. 71 (delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale); art. 6 d. lg. 20 febbraio 2006, n. 106.

LETTAVATURA. — ALZETTA e BELLELLI, *Procuratore generale della Repubblica*, in *D. disc. pen.*, X, 1995, 23 s.; BELLAMONI, *Note e spunti su un recente caso di avvocazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1012 ss.; BERNARDI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da CHIAVARO, IV, Art. 326-464, Torino, 1990, *sub* art. 412-413, 546 ss.; BERTONI, *Avvocazione*, in *Enc. giur.*, IV, 1988; BIAVATI, GUARNIERI, ORLANDI e ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008; BONGIORNO A., *Effetto devolutivo, avvocazione e istruttoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 1209 ss.; CALABIELLO, *Archiviazione (diritto processuale penale)*, in questa *Enciclopedia*, Annali, II, t. 1, 59 s.; CARACCI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994; CARL, *L'avvocazione*, *op. cit.*, 180 s.

(197) Di Bitonto, *op. cit.*, 180 s.
 (198) In *agg.* si rinvia a RIVELLO, in *L. 16/12/1999*, n. 479, *Commento*, in *Leg. pen.*, 2000, *sub* art. 21, 38 s.; GUCCIO, *Il processo penale dopo la "legge Carotini"* (II), *art. 20-23*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 282 ss.; De Caro, *op. cit.*, 385 ss.; GARUTI, *op. cit.*, 386 s.; CARACCI, *Giudice dell'udienza preliminare e "nuovi" poteri istruttori*, in *Foro it.*, 2001, V, 297 ss.; Volendo, v. anche Di Bitonto, *L'attività di indagine*, cit. 152 ss.

zione dell'istruttoria sommaria come residuo di concessioni tramontate, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1135 ss.; CASSIANI, *Il potere di avvocazione. Profili ordinamentali dell'ufficio del pubblico ministero*, Padova, 2009; CRESCHI, *L'avvocazione per incompletezza delle indagini: dubbio intervento della Cassazione sull'omissione dell'avviso al Procuratore generale della fissazione dell'udienza* ex articolo 409 c.p.p., in *Cass. pen.*, 2009, 387 ss.; CARROU, *Linee sistematiche dell'istituto dell'avvocazione*, in *Giur. pen.*, 1994, III, 49 ss.; *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario a cura di Dal. Carro e Romoli*, Torino, 2004; CENSO, *Il pubblico ministero nel sistema costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 885 ss.; CUNTERA, *Associazione delle indagini preliminari e revoca della richiesta di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 85 ss.; D'AVANOSIO, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da CHIAVARO, IV, *cit.*, *sub* art. 372, 305 ss.; DEAN e SCARRETTI, *Avvocazione delle indagini preliminari*, in *D. disc. pen.*, VI, 1992, *App. pendice*, 475 ss.; Di Bitonto, *L'avvocazione facoltativa*, Torino, 2006; GARFA, in *Codice di procedura penale commentato* a cura di GARDA e SPANONZA, II, Milano, 2007, *sub* art. 372; GAROFOLI R., *Avvocazione delle indagini: profili costituzionali e aspetti problematici*, in *Giur. cost.*, 1996, 1331 ss.; GIUSTA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994; GIULIANI e PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995; GIULI, *Archiviazione per « inidoneità probatoria » ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il nuovo processo penale della codificazione all'attuazione* (Atti del Convegno, Ortoni 8-10 settembre 1989), Milano, 1991, 53 ss.; KOROVAN, in *Codice di procedura penale. Commentario a cura di GARDA*, Milano, 1990, *sub* art. 410-413; *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto a cura di GAMBARO*, Milano, 2004; MARCONZI, *Gerarchia amministrativa*, in questa *Enciclopedia*, XVIII, 616 ss.; MANCONE, *Sulla « avvocazione per analogia » delle pseudo-notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2002, 938 ss.; MICELI, *Associazione delle indagini preliminari da parte del procuratore generale presso la Corte d'appello*, in *Giur. merito*, 1999, 934 ss.; NACA, *Indagini preliminari (avvocazione delle)*, in *D. disc. pen.*, *Aggiornamento*, II, 2004, 382 ss.; ORLANDI, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in questa *Enciclopedia*, Annali, II, t. 2, 943 ss.; PADDOLA, *L'avvocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 983 ss.; PALUMBO, *Sui poteri del procuratore generale in caso di avvocazione delle indagini*, in *Giur. it.*, 2001, 1473 ss.; PULIO, *Ancora in tema di poteri di avvocazione del procuratore generale*, in *Giur. pen.*, 2005, III, 439 ss.; *Id.*, *Sulla configurabilità del potere di avvocazione del procuratore generale successivamente alla celebrazione dell'udienza di cui all'art. 409 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 778 ss.; RIVELLO, in *L. 16/12/1999*, n. 479, *Commento*, in *Leg. pen.*, 2000, *sub* art. 21, 385 ss.; RIVELLO, *L'avvocazione delle indagini preliminari: un congegno alquanto difettoso*, in *Giur. pen.*, 2007, III, 604 ss.; RUSSO, *L'avvocazione del procuratore generale*, in *Ind. pen.*, 1989, 63 ss.; SALVI, in *D. l. 20/11/1991*, n. 367, *Commento*, in *Leg. pen.*, 1992, *sub* art. 8, 736 ss.; SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993; SAI, *Avvocazione*, in *Enc. giur.*, *Aggiornamento*, 2001; SPERDI, *Gerarchia e rapporti interorganici*, in *D. disc. pubbl.*, VII, 1991, 139 ss.; VARDOLIVA, *Omissione nel registro e facoltà di avvocazione del Procuratore generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 470 ss.; VIGNA, *Appunti sulle funzioni del procuratore generale presso la Corte d'appello*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero* (Atti

del Convegno, Perugia, 20-21 aprile 1990) a cura di GARO, Napoli, 1991, 311 ss.; ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996.

AZIONE PENALE

SOMMARIO. 1. Introduzione. — 2. Verso l'azione penale in concreto nella (recante) stinca tra l'art. 125, comma 1, c.p.p. e l'art. 423 c.p.p. — 3. Azione penale, rit. spediti e l'istituzione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 129 c.p.p. — 4. Principio di completezza delle indagini. — 5. Principio di obbligatorietà e nuovi principi costituzionali. — 6. Controlli giurisdizionali sull'accusa e termini del giudice. — 7. Rilevati conclusivi.

1. *Introduzione.* — Non è concetto che si presta a facili definizioni quello di azione penale (1).

Se si ragiona partendo dalle riflessioni anche solo di un paio di decenni or sono, a ridosso dell'approvazione del nuovo codice di rito, si ha la dimensione dei profondi cambiamenti intervenuti sia sul piano normativo sia nell'ambito delle discussioni della dottrina e degli orientamenti giurisprudenziali, pure non ancora definiti in un quadro sistemato sempre univoco.

Nell'ambito del necessario riferimento costituzionale di cui all'art. 112 cost. (2), pur esso tuttavia da re-interpretare alla luce del nuovo art. 111 cost. (3), la specifica regolamentazione

(1) Tra i molti, con riguardo alla più generale definizione di « azione », v. ORSTANO, *Azione in generale (Storia del problema)*, in questa *Enciclopedia*, IV, specie 814 ss., là ove, dopo aver ricostruito le diverse vicende del concetto di azione nella storia, discute degli ancora attuali e problematici « procedimenti definitivi della scienza giudiziaria ». CHIAVARO, *Appunti sulla problematica dell'azione » nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 865, circa un decennio più tardi, osservava: « chiunque si accosti senza pregiudizi al tema dell'azione » dall'angolo visuale del processo penale, può ricavare facilmente l'impressione di una problematica tra le più sfuggenti e tra le più accorate: che anzi, non sembra tanto attuale il domandarsi quale significato sia più correttamente (od almeno più udimente) attribuibile al concetto di « azione penale », quanto il chiedersi se un simile concetto abbia ancora un ruolo da svolgere ». Lo stesso autore, poco più avanti, parla di « definizioni meramente allegoriche dell'azione » (ivi, 881).

(2) Come osserva CHIAVARO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2662, la particolare formulazione dell'art. 112 cost. si presta a sua volta, come è accaduto proprio in occasione del nuovo codice di rito, a essere in qualche misura condizionata dalla normativa ordinaria.

(3) Sul rapporto tra l'art. 112 cost. ed il « nuovo » art. 111 cost., su cui la dottrina non risulta estersi ancora soffermata con particolare attenzione, cfr. *infra*, § 5 e 6.

della domanda della pubblica accusa racchiusa negli art. 50, 405 c.p.p. e 125 norme att. c.p.p. ha definitivamente esaurito le problematiche originarie dal processo misto di francese memoria ed ha aperto il dibattito sulla natura della domanda in un processo accusatorio e tendenzialmente di parti.

È cessata, perché risolta normativamente (4), la risalente discussione sul momento in cui avrebbe dovuto ritenersi iniziata l'azione penale (5), e quindi in cui sarebbe dovuto scattare il relativo obbligo di procedere ai sensi dell'art. 112 cost. (6).

La disciplina odierna dell'azione pubblica, collocata nel nuovo codice di rito all'esito di una anche complessa fase investigativa, espressamente qualificata meramente procedimentale, e progressiva accentuazione del ruolo di parte del pubblico ministero, da ultimo riaffermato dalla stessa nostra Carta fondamentale (art. 111 cost.), pongono problemi diversi, per risolvere o almeno per definire correttamente i quali soccorrono prospettive in parte nuove.

È pacifico che « il potere di azione penale si delinea secondo la specifica struttura del processo penale, che in misura pressoché totale

(4) In questo senso v. MARZADURI, *Azione: IV) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1996, I, che richiama la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* (in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ordinario, 100) volta proprio a evitare « per il futuro qualsiasi disputa di carattere teorico », come era invece accaduto sotto la vigenza del codice Rocco. Ivi anche la ricostruzione del risalente orientamento che, vigente il codice Rocco, ben rappresentato anche se minoritario, leggeva nella richiesta di archiviazione una forma di esercizio dell'azione penale. Segue ancora oggi questo orientamento MARZADURI, *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, 1993, 112 ss. e 140 ss., che sottolinea la natura giurisdizionale del provvedimento di archiviazione e l'utilizzo, nell'art. 405 c.p.p., del termine « esercitare » l'azione in luogo di « iniziare », proprio perché l'azione è iniziata prima.

(5) Cfr. a questo proposito quanto osservava DOMINONI, *Azione penale*, in *D. dir. pen.*, I, 1987, 400 ss., che, molto opportunamente, già allora nell'ambito dell'esercizio dell'azione penale distingueva tra « promovimento » e « prosecuzione », criticando quanti, anticipando il promovimento alla fase prestrutturata, lo individuavano addirittura nel primo attivarsi del pubblico ministero alla ricezione della notizia di reato. Esprime forti perplessità in ordine alla scelta legislativa che, spostando in avanti l'inizio del processo, ha privato l'indagato delle garanzie connesse all'esercizio dell'azione penale CARNOI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 477 ss. e 522 ss. anche per ulteriori indicazioni.

(6) DOMINONI, *loc. cit.*

e si sta muovendo il sistema degli ultimi vent'anni.

Il legislatore che, nel 1999 (l. 16 dicembre 1999, n. 479), omologa i criteri per la pronuncia di non luogo a procedere all'esito dell'udienza preliminare (art. 425 c.p.p.) a quelli previsti nella fase anteriore (per la richiesta di archiviazione, art. 125 norme att. c.p.p.) e nella fase processuale (per la pronuncia della decisione dibattimentale, art. 530 ss. c.p.p.) abbandona esplicitamente l'originaria ed equivaoca impostazione del *favor actiois*. Se la domanda del rappresentante della pubblica accusa è una domanda di condanna, appare inutile il dibattimento quando le risultanze investigative non sono univoche in quel senso (v. *infra*, § 2 e 3).

Anche la riflessione del giudice delle leggi che, sin dal 1991 (12), precisa l'estensione del nuovo criterio sull'inizio o meno del processo attraverso il principio di completezza delle indagini sottolineata, nel rispetto della legalità del procedere, la necessità di evitare processi superflui e rafforza l'idea che il pubblico ministero debba esercitare l'azione penale solo in presenza di una ben precisa prognosi di condanna (v. *infra*, § 4).

Il problema, semmai, è l'articolazione della nuova domanda pubblica con i nuovi principi del giusto processo (v. *infra*, § 5) e in particolare con le garanzie di un giudice terzo ed imparziale (v. *infra*, § 6). Il rappresentante della pubblica accusa, che pure è ancora « organo di giustizia » nella fase investigativa, nella fase processuale non può che essere considerato una parte, rispetto alla quale devono essere garantite la terzietà e l'indipendenza del giudice come richiesto dal nuovo art. 111 cost. E in questo ambito che

op. cit., 2, secondo il quale « l'esame dei presupposti per l'emaneazione degli atti nei quali viene espressa l'imputazione consente di ravvisare connessioni di indubbia originalità nella nuova azione, tanto da giustificare la qualificazione in termini di "concretezza", nella misura in cui il relativo esercizio deve seguire ad una realistica verifica della fondatezza dell'accusa operata al termine delle indagini preliminari, non più ad una sommatoria deliberazione della non manifestata infondatezza della notizia di reato ». Cfr. anche CATALANO, *L'abito del processo*, Milano, 2004, 200, che parla espressamente del « carattere concreto impresso all'azione penale dalla nuova articolazione delle fasi processuali », e VALERINI RUTERA C., *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1995, 258 ss.

(12) C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, II, 207 ss.

si misurano le specificità del nuovo processo accusatorio italiano, ove, seppur timidamente, sembrano anche potersi rinvenire nuove opportunità per un'articolazione diversa, seppur rispettosa del dettato costituzionale, del principio di obbligatorietà (v. *infra*, § 7).

2. *Verso l'azione penale in concreto nella (recente) simmetria tra l'art. 125 norme att. c.p.p. e l'art. 425 c.p.p.* — Lasciandosi alle spalle la controversia sistematica dell'azione penale nel sistema del 1930 (13), il legislatore del 1989 ha optato per una scelta molto più lineare (14), almeno nella stesura originaria del codice.

L'archiviazione costituisce l'alternativa all'azione (15) e interviene alla fine di una fase meramente procedimentale che, salvo gli atti non rinviabili e non rinviabili, non ha di regola alcuna ricaduta sulla fase processuale. All'esito delle indagini preliminari, da estendere anche a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.), il pubblico ministero deve determinarsi per l'archiviazione tutte le volte che « gli elementi acquisiti nelle indagini

(13) Riassume in modo esauriente i diversi orientamenti sul punto con riguardo alle norme del codice Rocco, sia con riferimento alle diverse situazioni della dottrina sia in relazione alle articolate prese di posizioni giurisprudenziali, MARZADURI, *op. cit.*, I, 3, anche per i necessari riferimenti bibliografici. Cfr. altresì QUARROCCO, *Esigibilità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, 29 ss.; VALERINI RUTERA, *op. cit.*, I, 14 ss. e, soprattutto, molto diffusamente, CARNOI, *op. cit.*, I, 183 ss.

(14) A questo proposito appare se non altro singolare che gli autori i quali, pure affrontando argomenti in parte diversi, si sono occupati dell'azione penale abbiano sentito la necessità di rilevare come « il tema [dell'azione] sia stato sostanzialmente abbandonato dalla dottrina con l'adozione del nuovo codice di procedura penale, salvo lo studio dei controlli sull'iniziazione del pubblico ministero » (CAMPANILLO, *Potere dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 5). Analogamente, secondo VALERINI RUTERA, *op. cit.*, I, 15, « la dottrina ha sostanzialmente cessato di occuparsi attivamente dell'azione penale da oltre un ventennio ». È pure vero che « la diversa fisionomia concettuale della categoria dell'azione penale si delinea nettamente alla luce dei rapporti tra esercizio dell'azione penale e richiesta di archiviazione » (CATALANO, *op. cit.*, I, 144), ma non si può ritenere che « il dato sia paradossale se si pensa al fatto che, almeno da un punto di vista formale, l'atto di esercizio dell'azione penale è individuato in modo assai più nitido nel nuovo sistema rispetto a quello abrogato » (così invece CARMELLO, *loc. cit.*). Le spiegazioni possono essere originate proprio dalla nuova chiarezza della costruzione legislativa, cui la consapevolezza da contrappeso l'articolata disciplina dell'archiviazione, su cui si misura la efficacia delle scelte del legislatore repubblicano.

(15) Per tutti cfr. CARNOI, *op. cit.*, I, 328 e poi 336 ss.

preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (art. 125 norme att. c.p.p.) (16). Il controllo sulla inazione è affidato al giudice per le indagini preliminari, sino al 1999 ancora confuso in un unico ruolo con il giudice dell'udienza preliminare (17).

Allorché l'azione sia esercitata, invece, il controllo sugli eventuali abusi, in ordine alla promozione di domande manifestamente infondate, è reso all'esito dell'udienza preliminare, alla conclusione della quale il giudice che nutra dubbi sulla reale fondatezza dell'accusa deve comunicare disporre il rinvio a giudizio, sull'assunto che l'imputato ha in ogni caso diritto ad un'udienza pubblica che accerti la sua estraneità o meno al reato di cui è imputato. Nel rispetto della direttiva di cui all'art. 2 n. 52 l. 16 febbraio 1987, n. 81 (18), l'art. 425 c.p.p. in origine dispone che l'imputato sia prosciolto — oltre che nei casi in cui il fatto non sia previsto come reato dalla legge oppure in caso di sussistenza di una causa

(16) Anche per l'originaria formulazione di tale disposizione cfr. ampiamente CARROLI, *op. cit.*, 349 ss., nonché GIUSTIA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, 25 ss., e, precedentemente, nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice, soprattutto GAVI, *op. cit.*, 1278, 1313.

A ridosso dell'entrata in vigore del codice di rito, C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit. (v. anche *infra*, § 4), dopo aver ricordato come il ruolo del pubblico ministero « nell'architettura della delega [...] non [sia] quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, "ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato"» (p. 209), nel commentare la scelta di cui all'art. 125 norme att. c.p.p. (diversamente formulato dall'originario art. 115 del Progetto preliminare che faceva riferimento ad «elementi sufficienti al fine della condanna degli imputati») precisa: in questo caso «il quadro acquisito viene [...] valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'acceleramento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo. Non solo la sostituzione del termine "idonei" a quello di "sufficienti" designa un *quantum* minore di elementi, ma la loro valutazione diventa funzionale non alla condanna, bensì alla sostanzialità dell'accusa» (p. 213).

(17) Cfr. art. 171 d. lg. 19 febbraio 1998, n. 51 che ha introdotto il comma 2-bis all'art. 34 c.p.p.

(18) Sul punto il citato art. 2 n. 52 prevede il «potere del giudice di pronunciare, sentite le parti compare, sentenza di non luogo a procedere allo stato degli atti se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non poteva essere iniziata o non può essere proseguita, o se il fatto non è previsto dalla legge come reato, ovvero quando risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso».

di improcedibilità o di estinzione del reato — solo quando sia «evidente» che il fatto non sussiste, o non costituisce reato o l'imputato non lo ha commesso.

La ratio della scelta legislativa del 1989 sembra relativamente piana. L'azione penale esercitata sulla base di un non univoco quadro indiziario, che avrebbe potuto giustificare una richiesta di archiviazione, a tutela dei diritti dell'imputato avrebbe comportato sempre la verifica dibattimentale, senza che il giudice dell'udienza preliminare potesse, alle medesime condizioni pure riconosciute al giudice dell'inazione, pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

La disposizione, tuttavia, suscita subito le più ampie perplessità sia da parte della giurisprudenza sia da parte della dottrina, che ne mette in luce la «asimmetria sistematica» (19), consistente nel porre un criterio per la verifica dell'azione diverso da quello per il controllo sull'inazione (20).

L'incoerenza solleva anche dubbi di costituzionalità (21). Il giudice delle leggi, tuttavia, chiamato a valutare la ragionevolezza della possibilità di pronunciare l'estinzione del reato a seguito del giudizio di comparazione tra circo-

(19) L'espressione «asimmetria sistematica» è di GAVI, *op. cit.*, 1314, cui si rinvia anche per l'articolata discussione sulle contraddittorietà del sistema, alla luce delle disposizioni della legge delega e dello scopo di filtro dell'udienza preliminare (p. 1278 s.), e con riguardo ad una «disciplina [...] paradossale» (p. 1313). Emblematicamente v. anche PASURTI, *Presentazione di innocenza e regola di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, 1374.

(20) Gli orientamenti sono peraltro diversificati. Tra le opinioni minoritarie, che cercano di giustificare la scelta legislativa, cfr. ad esempio PORRANO, *Chiusura delle indagini preliminari, archiviazione ed esercizio dell'azione penale. Udienza preliminare, imputato e indagato*, in *Lezioni sul nuovo processo penale* (Autori vari), Milano, 1990, 112 ss. Ricostruisce le diverse posizioni, con i più ampi riferimenti bibliografici, CARROLI, *op. cit.*, 360 ss.

(21) GIUSTIA, *L'archiviazione*, cit., 1^a ed., 1993, 9 s., 28, secondo il quale «si è nell'ambito del principio di opportunità — bandito dalla nostra Costituzione — ogni qualvolta rispetto ad una fattispecie concreta il pubblico ministero possa legittimamente percorrere la strada dell'archiviazione o quella dell'accusa», come accadesse allora. Il rappresentante dell'azione penale, come esercitato, pure in presenza di elementi non idonei all'accusa, l'azione, infatti, si sarebbe comunque assicurato il processo. Con il risultato che il pubblico ministero, di fronte ad un patuitamente probatoria di tal genere, avrebbe potuto legittimamente e liberamente determinarsi, di fatto senza alcun controllo, sia per l'inazione sia per l'azione.

invece contare su quel principio del *favor actionis* che gli avrebbe comunque assicurato il decreto di rinvio a giudizio qualora, sulla base dei medesimi elementi, formuli l'imputazione.

3. *Azione penale, riti speciali e immediata declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p.* — Le riforme si allontanano sensibilmente dalla iniziale configurazione astratta dell'azione e, anche se le ulteriori disposizioni che riguardano forma e criteri dell'azione non sono soggette a modifiche così radicali quali quelle di cui all'art. 425 c.p.p., l'intera disciplina della domanda pubblica ne risente, specie con riguardo alle richieste del pubblico ministero nell'ambito dei riti speciali deflativi.

Oggi, come al momento dell'entrata in vigore del codice, il pubblico ministero che non deve chiedere l'archiviazione «esercita l'azione penale formulando l'imputazione nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio» (art. 405 comma 1 c.p.p.).

Nell'ambito dell'istituto dell'«applicazione della pena su richiesta» (art. 444 ss. c.p.p.) il rappresentante dell'accusa può anche essere «sollecitato» alla formulazione dell'imputazione prima ancora che si siano concluse le indagini dalla richiesta dell'indagato nel corso della fase procedimentale (art. 447 c.p.p.) (25). In caso di

(25) Sebbene l'orientamento di gran lunga maggioritario sia nel senso che la richiesta ex art. 447 c.p.p. presupponga un contestuale esercizio dell'azione penale attraverso la formulazione dell'atto di imputazione (per tutti cfr. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Cosso e GAVI, Compendio di procedura penale*, Padova, 2008, 601), quale che perplessità è stata autorevolmente manifestata (emblematico il pensiero di COZZANO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1043, che parla di «caso morfologicamente singolare, perché manca un imputato, o almeno importa qualche difficoltà l'ipotesi recepta dall'art. 405 c. 1 c.p.p. che l'accordo equivaleva a imputazione»).

Come precisa ORLANDI, *op. cit.*, 601 s., proprio perché l'introduzione del rito speciale nel corso delle indagini coincide con l'esercizio dell'azione penale, «il pubblico ministero non può presentare una richiesta di patteggiamento o prestare il proprio consenso quando ancora l'indagine è incompleta» (sul principio di completezza v. *infra*, § 4).

Per il profilo che anche in tal caso il pubblico ministero esercita l'azione penale e che quindi, nell'ipotesi di ricorso all'art. 129 c.p.p. (su cui v. *infra* in questo paragrafo), «i poteri proscioglitori del giudice non rappresentano un'inedita eccezione all'insuperabilità dell'art. 129 c.p.p. nella fase pre-processuale», v. SCOMPARO, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino,

stanze nei casi contemplati dall'art. 256 norme att. c.p.p., in tema di regime transitorio all'esito dell'istruttoria ante riforma, e la mancata previsione di un omologo potere per l'udienza preliminare, ha dichiarato, nell'immediatezza dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, non fondata la relativa questione di legittimità dell'art. 425 c.p.p. (22).

È quindi facilmente immaginabile l'intervento correttivo del legislatore, che con progressività, nell'arco di quasi un decennio, riscrive la norma: nel 1993 inizia ad eliminare il requisito dell'«evidenza» dall'art. 425 comma 1 c.p.p. (23); nel 1999, dopo aver già modificato la disposizione nel senso di vietare al giudice dell'udienza preliminare la pronuncia della sentenza di proscioglimento da cui possa derivare l'applicazione di una misura di sicurezza personale (24), ridefinisce gli epiloghi dell'udienza preliminare disponendo che la sentenza di non luogo a procedere debba essere pronunciata «anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (comma 3). Ristabilisce la simmetria tra la verifica dei presupposti dell'azione e il controllo sulle condizioni per il procedere, il rappresentante dell'accusa che ritenga gli elementi di prova raccolti non sufficienti per una prognosi di condanna oggi può ragionevolmente aspirare ad un provvedimento di archiviazione qualora si determini per non aprire il processo, e non può più

(22) La C. cost. 3 ottobre 1990, n. 431, in *Cass. pen.*, 1991, II, 84, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 425 c.p.p. sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 cost., ritenendo che si trattasse di situazioni diverse e che, considerato che le prove e l'accertamento dei fatti nel nuovo rito, diversamente dal regime transitorio, intervenivano a dibattimento, il giudice dell'udienza preliminare avrebbe potuto non disporre degli elementi necessari a riconoscere circostanze attenuanti ed a procedere al giudizio di cui all'art. 69 c.p. Sulle forti analogie fra l'una e l'altra situazione, peraltro, volendo, RUOTIERI, in *Amoroso e DONAZIONI, Commentario al nuovo codice di procedura penale, Appendice. Norme di coordinamento e transitorie a cura di UBERSI, Milano, 1990, sub art. 256, 395 ss.*

(23) Cfr. art. 1 l. 8 aprile 1993, n. 105.

(24) Cfr. il nuovo comma 4 dell'art. 425 c.p.p. introdotto dalla l. n. 479 del 1999 e quindi modificato dall'art. 2-terz. d. l. 7 aprile 2000, n. 82, inserito in sede di conversione dalla l. 5 giugno 2000, n. 144. La modifica, come è noto, fu preceduta da diverse pronunce in quel senso della Corte costituzionale (cfr. C. cost. 10 febbraio 1993, n. 41, in *Giust. pen.*, 1993, I, 142 e C. cost. 11 aprile 1997, n. 94, in *Cass. pen.*, 1997, 2397).

giudizio direttissimo il titolare dell'azione penale procede previa citazione, che contiene l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto di reato (art. 450 comma 3 c.p.p.), ovvero contestando l'imputazione direttamente all'imputato presente (art. 451 comma 4 c.p.p.). La legge non specifica in modo esplicito il contenuto né della richiesta di giudizio immediato (art. 453 c.p.p.) né di decreto penale (art. 459 c.p.p.). In entrambi i casi deve ritenersi che l'organo dell'accusa, proprio per il rinvio effettuato dall'art. 405 c.p.p., debba predisporre ovviamente l'imputazione (26) e fornire all'organo giurisdizionale tutti gli elementi necessari all'eventuale pronuncia rispettivamente del decreto di giudizio immediato (art. 456 c.p.p.) ovvero del decreto di condanna (art. 460 c.p.p.).

Anche queste modalità di esercizio dell'azione penale devono essere improntate al criterio dettato dall'art. 125 norme att. c.p.p. (27). Solo per alcune di esse può porsi, peraltro, il problema del controllo sulla relativa fondatezza, nel rito ordinario di spettanza del giudice dell'udienza preliminare: in questi casi con riguardo al proscioglimento immediato ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Come è noto, il giudice ha il dovere, legalmente imposto, di pronunciare (preliminarmente) sentenza di «immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità», ai sensi della disposizione citata, solo nel caso della richiesta di applicazione di pena (art. 444 comma 2 c.p.p.) e in quello volto a sollecitare l'emissione del decreto penale di condanna (art. 459 comma 3 c.p.p.). Con riguardo alle altre ipotesi, dottrina e giurisprudenza sono tendenzialmente orientate ad escludere la possibilità della declaratoria: sia nel rito immediato, analogamente a quanto si ritiene a proposito della pronuncia ex art. 129 c.p.p. da parte del giudice investito della richiesta di rinvio a giudizio, prima e al di fuori della

2008, 196, che richiama MAROTTA, *Sentenza penale*, in D. *dir. pen.*, XIII, 1997, 184. Per i profili patologici cui può dare origine la richiesta nella fase delle indagini v. CAVALLANO, *L'abuso del processo*, cit., 159 s.

(26) ORLANDI, *op. cit.*, 644 e 664.

(27) Esplicitamente in tal senso MAZZADURI, *Azione penale*, cit., 14, la ove osserva che poiché «il legislatore delegato contrappone nell'art. 405 c. 1 la richiesta di archiviazione a tutte le possibili ipotesi di esercizio dell'azione penale [...] l'attribuzione di un determinato fatto di reato ad una determinata persona non potrà mai essere effettuata senza l'individuazione del livello di "concretezza" dell'azione che è richiesta ai sensi dell'art. 125 disp. att.».

proposito della sentenza di non luogo a procedere (31).

Il quadro che emerge è relativamente coerente, pur nell'ambito di differenti e non sempre univoci orientamenti interpretativi. Il pubblico ministero, all'esito di indagini anche complesse e tendenzialmente complete, deve esercitare l'azione solamente qualora riesca a formulare una prognosi positiva di condanna, ovvero ritenga che gli elementi (unilateralmente) raccolti nel corso delle indagini preliminari fondino una ragionevole prognosi di condanna. Il giudice che non condivida questa valutazione non può disporre decreto di rinvio a giudizio in caso di procedimenti che richiedono la celebrazione dell'udienza preliminare, né consentire l'accesso al rito speciale in caso di rito monitorio o di patteggiamento (32).

Il problema è di minor rilievo nelle ipotesi di giudizio immediato e di giudizio direttissimo alla luce dei particolari presupposti di evidenza probatoria per l'introduzione di tali riti acceleratori, nonché in caso di citazione diretta a giudizio (art. 530 c.p.p.) (33). Solo là ove l'azione, in

(31) Per la ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'estensione dei poteri di proscioglimento del giudice del patteggiamento, con riguardo, in specie, al nodo problematico della necessità o meno di un accertamento di responsabilità dell'imputato che patteggi. Cfr. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta della parte in ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005, 113 ss. e 156 ss. Il particolare caso della mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova nel rito monitorio e nel patteggiamento è preso ampiamente in esame da SCORPANI, *op. cit.*, rispettivamente 197-214 e 230 ss., oltre che, ancora, da MARCOLINI, *op. cit.*, 198-204.

(32) Per un'approfondita ricostruzione dei «presupposti probatori» imposti per l'esercizio dell'azione penale nella forma della richiesta di emissione del decreto penale di condanna ovvero della richiesta di applicazione della pena, proprio nell'ottica dei principi che devono presiedere anche in tale caso all'esercizio dell'azione penale, v. MAZZADURI, *op. cit.*, 15 ss.

(33) A proposito delle condizioni per l'accesso a questi riti speciali MAZZADURI, *op. cit.*, 14, molto opportunamente, parla di «parteforme accusatorie estremamente delineate». Per un'analisi più specifica, volta a distinguere tra principio di completezza e principio di conclusione delle indagini (per non consentire solo, come nel caso della completezza, «una valutazione di tipo "prognostica" circa la fondatezza dell'accusa [...] ma anche un giudizio "diagnostico" in ordine alla responsabilità dell'imputato già nella fase dell'udienza preliminare») v. SIRONISSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., 146, 148 ss. e specificatamente 155 ss. a proposito dei «riti di

ipotesi pure manifestamente infondata, sia volta a sollecitare in tempi rapidi un'ampia valutazione di merito, come nel giudizio abbreviato allo stato degli atti ovvero nel dibattimento a seguito di giudizio immediato, citazione diretta o giudizio direttissimo, il vaglio sulla sua fondatezza cede di fronte alla necessità che il giudice decida sulla domanda nella pienezza dei suoi poteri decisorii.

Scompare il *favor actionis*, prevale la logica dell'azione di parte, che, in quanto proveniente dal rappresentante dell'accusa, presuppone la idoneità della piattaforma probatoria per ottenere una condanna: sulla base della valutazione prognostica degli elementi raccolti nei riti ordinari e in quelli speciali definitivi; in forza di una particolare pregnanza probatoria nei giudizi acceleratori, che infatti non sono soggetti al controllo giurisdizionale sugli abusi in tema di azione (34).

4. *Principio di completezza delle indagini.* — Nel rispetto del principio di obbligatorietà, la sempre più accentuata caratterizzazione in concreto dell'azione penale del rappresentante dell'accusa deve ritenersi legittima solo nella misura in cui il pubblico ministero si determini in ordine all'inizio o meno del processo all'esito di indagini esaurienti e complete.

Come evidenziato dalla Corte costituzionale, anticipazione del dibattimento», ovvero del giudizio immediato e del giudizio direttissimo.

Se qualche perplessità rimane, tuttavia, con riguardo alla citazione diretta ex art. 530 c.p.p., la cui disciplina è dovuta esclusivamente alla natura dei reati (in gran parte di minor gravità) per cui è previsto *ex lege* che non si tenga l'udienza preliminare (e quindi, per ragioni che prescindono dalla consistenza probatoria di quanto raccolto dal pubblico ministero), rientra pienamente nella categoria in discorso la nuova citazione diretta cosiddetta «cautelare». Senza entrare nel merito della (sotto molti profili censurabile) scelta legislativa, infatti, è chiaro che la ratio dei nuovi commi 1-bis e 1-ter-inseriti all'art. 453 c.p.p. dall'art. 2 d.l. 25 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, in l. 24 luglio 2008, n. 125, sottintende un ben preciso quadro probatorio a carico, conseguente alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per la disposta misura cautelare. Per un primo commento al nuovo rito v. per tutti ALBANO, *Il c.d. decreto sicurezza: profili di diritto processuale*, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 3, 597 ss.

(34) NORMANDO R., *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, Torino, 2000, 27 ss., distingue a questo proposito tra le richieste volte alla *cautelazione* e quelle volte a decisioni «senza tale latitudine potenziale», proprie in particolare dei riti speciali definitivi.

sin dall'immediatezza dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito nella nota pronuncia del 1991 (35), poiché « azione penale obbligatoria non significa [...] consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi notizia criminale », « [l]imito implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo », come può accadere oggi, all'esto anche di indagini lunghe e complesse. In questa prospettiva il dovere che il rappresentante dell'accusa svolga indagini complete non solo « funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale (36), che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale », ma è indispensabile anche per assicurare che tanto il pubblico ministero quanto, soprattutto, l'imputato siano nelle condizioni di poter accedere ai giudici speciali senza discriminazione alcuna. « La completa individuazione dei mezzi di prova è, invece, necessaria [...] per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio » (37).

Dopo le riforme intervenute in tema di giudizio abbreviato, ora un diritto potestativo dell'imputato, la Corte ha ribadito il principio, che ne esce "rafforzato" al fine di consentire l'accesso al rito speciale (38). Irrilevante, in questa

(35) C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, citata *supra*, n. 12, ritenuta da CHIAVANO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2658, « una delle più complete tra le disamine che (la Corte) ha dedicato alla regola dell'obbligatorietà dell'azione penale ».

(36) Parla a questo proposito, con riguardo ad una « ipotesi di uso distorto del potere di iniziativa conferito al pubblico ministero », di « formula definitoria inedita », CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., rispettivamente 149 e 149.

(37) C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit. e, ampiamente, SNAUCSANO, *op. cit.*, 42 ss.

(38) Si tratta di C. cost. 9 maggio 2001, n. 115, in *Giur. cost.*, 2001, 917 ss. Anche per i necessari riferimenti bibliografici, SNAUCSANO, *op. cit.*, 46 ss.

prospettiva, l'attuale ampia disciplina delle indagini della parte privata. Nella fase procedimentale il rappresentante dell'accusa è sempre tenuto ad esperire indagini complete ed esaurienti, nel rispetto di quanto previsto dagli art. 326 e 358 c.p.p., che, richiamati espressamente nella pronuncia della Corte, come è noto estendono, il primo in via implicita, il secondo in via esplicita, l'obbligo di indagare anche a tutti gli elementi di discarico.

Il principio della completezza delle indagini costituisce il presupposto per assicurare l'osservanza del principio di obbligatorietà dell'azione penale, e con esso dell'efficacia dei relativi controlli in caso di inazione, e i diritti delle parti nell'accesso ai riti speciali, nel rispetto del principio di uguaglianza, che impronta tanto il primo dell'accusa ad un'attività investigativa particolareggiata ed esauriente, che pure sembrerebbe contrastare con il suo ruolo di parte, poiché pone l'accento sulla sua funzione di organo di giustizia, « non scalfisce la piattaforma del processo di parti » (39) né la consequenziale costruzione della sua domanda come una richiesta non meramente astratta.

Come ha avuto modo di osservare la stessa giurisprudenza di legittimità rigettando una richiesta di remissione fondata sull'asserita particolare condotta parziale del rappresentante della pubblica accusa, il titolare dell'azione penale « rimane organo di giustizia [solo] nella fase investigativa »; « una volta instaurata l'azione penale e iniziata così la fase processuale il rappresentante della pubblica accusa riacquista in toto la sua esclusiva veste di parte in senso tecnico, spinta dall'unico interesse di veder comprovata l'impostazione accusatoria ». Rientra quindi « nella naturale dialettica delle parti » e non può costituire « motivo di remissione il presunto accanimento dell'organo dell'accusa durante l'istruzione dibattimentale » (40).

5. *Principio di obbligatorietà e nuovi principi costituzionali*. — Come è noto il principio di cui all'art. 112 cost., « una delle disposizioni più laconiche della Carta fondamentale della Repubblica [...] la più lapidaria [...] ma come poche

(39) La citazione è ancora di SNAUCSANO, *op. cit.*, 87.

(40) Cass., sez. I, 23 febbraio 1998, n. 1125, in *Cass. pen.*, 1998, 3370.

altre fonte di dispute interpretative » (41), come ricorda la Corte costituzionale « nella sentenza n. 84 del 1979 » è stato costituzionalmente affermato « come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale » (42). Il dibattito in seno all'Assemblea costituente, segnato in modo significativo dalla « rottura del cordone ombelicale tra il p. n. e l'esecutivo » del 1946 (43) e dal d. lg. lt. 14 settembre 1944, n. 288, che ripristinava il controllo giurisdizionale sul potere di archiviazione del pubblico ministero (44), fu relativamente piano in ordine alla necessità che l'obbligatorietà si accompagnasse all'indipendenza del rappresentante della pubblica accusa e all'affermazione del principio di legalità dell'azione penale (45).

(41) CHIAVANO, *loc. cit.*

(42) Citato da C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, citata *supra*, n. 12.

(43) Per la citazione cfr. CHIAVANO, *op. cit.*, 2659 ss. La modifica cui si fa riferimento è quella che, con r.d. lg. 31 maggio 1946, n. 511, ha sostituito l'art. 69 ord. giud., abrogando la « direzione » del Ministero della giustizia sul pubblico ministero, da allora soggetto solo alla « vigilanza » dell'Esecutivo.

(44) V. art. 6 d. lg. lt. n. 288, cit., che ha modificato l'art. 74 comma 3 c.p.p. 1930. Solo parte della dottrina ritiene il principio della legalità del procedimento un requisito connesso all'obbligatorietà dell'azione penale. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., 8 ss. deduce dall'art. 112 cost. la necessità di un controllo giurisdizionale sulla legittimità o meno dell'inazione. Secondo CAPROLI, *L'archiviazione*, cit., 513 ss., e 518 s., ciò che « si può desumere dall'art. 112 Cost. è che sarebbe costituzionalmente illegittima una disciplina processuale che non prevedesse alcuna reale forma di controllo », « superata questa soglia minima di tollerabilità [...] si passa dalla sfera del costituzionalmente necessario a quella del costituzionalmente preferibile », e *ivi*, 316 ss. anche il dibattito in Commissione giustizia sulla legge delega n. 81 del 1987 proprio in ordine alla necessità o meno di una verifica giurisdizionale sulla inazione. Riprende la distinzione tra il « costituzionalmente doveroso » e il « costituzionalmente preferibile », QUARINOCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., 76 ss.

Sull'istituto dell'archiviazione in generale cfr. anche GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1991 e SAMAARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, nonché BONICCONTI, *Archiviazione*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, I, 119 ss., e CAMANIELLO, *Archiviazione*, *ivi*, Annali, II, t. I, 59 ss.

(45) Per l'analisi del dibattito (i cui atti sono oggi disponibili sul sito della Camera dei deputati dedicato alle legislature precedenti a quella in corso, all'indirizzo www.legislature.camera.it), cfr. in particolare NERPI MODONA, in

Oggi tale principio — che, come si è visto, si salda con quello di completezza delle indagini preliminari, in relazione agli obblighi del pubblico ministero che precedono al momento delle determinazioni inerenti all'azione penale (46) al fine di evitare processi superflui — deve essere coordinato anche con i nuovi principi sanciti dall'art. 111 cost.: in particolare, con quelli relativi alla parità delle parti di fronte ad un giudice terzo ed imparziale (47), nel rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Prima della riforma costituzionale del 1999 (l. cost. 23 novembre 1999, n. 2) la nuova struttura codicistica, improntata, secondo le parole della legge delega, al « sistema accusatorio » nel senso di « *adversarietas*, emblematico della contrapposizione dialettica tra le parti », ma rispettosa della nostra tradizione giuridica, ha avuto una certa qual difficoltà ad essere coerentemente inquadrata alla luce dei nostri principi fondamentali (48), pure suscettibili di una lettura tut-

Commentario della Costituzione a cura di BANCA, La magistratura, t. 4 (Art. 111-113), Bologna-Roma, 1987, *sub* art. 112 e 107 comma 4), 43 ss. e, più di recente, QUARINOCOLO, *op. cit.*, 37 ss. (in ordine all'indipendenza del rappresentante dell'accusa) e 45 ss. (al paragrafo significativamente intitolato « genesi di una formula »), con riguardo alla nascita del testo oggi contenuto nell'art. 112 cost.).

(46) Di parere diverso CARAVITA, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero a cura di GURTO*, Napoli, 1991, 297, che ritiene che le indagini preliminari siano governate solo dall'art. 97 cost. Per una critica a tale orientamento, v. CAPROLI, *op. cit.*, 534 ss.

(47) Sui « nuovi » principi di cui peraltro il « requisito dell'imparzialità » è così connotato, per definizione, alla stessa qualità di giudice, da risultare impossibile riuscire anche solo a pensare un giudice mancante di tale caratteristica. Ed è forse per questo motivo che nella nostra Costituzione non venne inizialmente inserita in maniera esplicita, v. in particolare USARIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 1, 16-18, per la distinzione tra l'uno e l'altro attributo, e 19; per la disamina della « neutralità metodologica del giudice » che, alla luce delle garanzie della terzietà e imparzialità e della presunzione di innocenza, impone che l'organo giurisdizionale, « soggettivamente e oggettivamente imparziale, sia esente da ogni condizionamento pre-giudiziale che gli possa derivare tanto dall'aver conosciuto preventivamente l'impostazione di una sola delle parti quanto dall'aver assunto e personalmente coltivato, magari solo provvisoriamente, una determinata ipotesi come linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito ».

(48) Cfr. ampliamente DOMINIONI, *La Corte e i pro-*

t'altro che univoca nel delineare il sottinteso modello, accusatorio o inquisitorio, dell'accertamento penale (49).

Dei caratteristici aspetti del modello anglosassone il nostro ordinamento del 1989 ha fatto proprio tanto il « modulo strutturale della ripartizione dei ruoli » quanto la separazione delle fasi. In ossequio alla nostra particolare vicenda giuridica, tuttavia, il legislatore, pur eliminando « le figure ibride di eco inquisitoria di accusatore-giudice e giudice-investigatore », ha « preso le distanze sia dalla libera disponibilità dell'oggetto della controversia da parte dell'accusa, sia dalla sovranità investigativa del *prosecutor* a cui si contrappone, nel sistema italiano, la funzione di controllo giurisdizionale del giudice per le indagini » (50). Entro questo scenario la Corte costituzionale analogamente ha dimostrato solo « una pur timida apertura ai nuovi asseriti del processo penale », e li ha coniugati con la peculiarità del nostro ordinamento, in particolare con l'irrinunciabilità alla pretesa punitiva, e ha « progressivamente ridimensionato gli effetti della rivoluzione copernicana » derivante dalla ricezione del « metodo dialettico come strumento di accertamento dei fatti » (51). Rimarcando la funzione di controllo dell'organo giurisdizionale sulle prerogative dell'accusa, ha alterato l'originaria, netta, divisione di ruoli tra giudice e pubblico ministero specie con riguardo alla richiesta di archiviazione; riducendo il principio dispositivo delle parti in tema di prove ha esteso i poteri officiosi del giudice (52).

Elementi cruciali della prova nel primo quadriennio di vigenza del codice di procedura penale, in Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale a cura di CONGO, Napoli, 2006, 572 ss.

(49) Illuminanti, a questo proposito, due volumi, pubblicati a distanza di quasi tre decenni l'uno dall'altro: NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna, 1976 e SCARAVONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999.

(50) DONOVONI, *op. cit.*, 576 s. Per i riferimenti alle scelte del legislatore del 1989 che ha « voluto mantere fedele al sistema di controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione » nonostante « fosse stata più volte sottolineata la scarsa compatibilità del modello tradizionale di archiviazione con le regole del processo accusatorio », v. CAPUOLI, *op. cit.*, 312 e 512, nonché 316 s. per il dibattito in Commissione giuristica.

(51) DONOVONI, *op. cit.*, 578 ss.
(52) DONOVONI, *id. cit.*, che discute rispettivamente: C. cost. 31 luglio 1990, n. 409 (a proposito dell'art.

Dopo la modifica dell'art. 111 cost. questi orientamenti, prima della riforma anzitutto sintomo della difficoltà di ricondurre correttamente il nuovo impianto processuale ai principi costituzionali, concorrono a formare un quadro mutato ma nient'affatto coerente ed armonico.

Le tendenze interpretative, che, anche per un naturale fenomeno di vischiosa aderenza al sistema abrogato (53), hanno permeato l'ordinamento processualpenalistico degli anni Novanta alterando l'originario schema codicistico, sono state recepite dalle successive modifiche legislative spesso senza considerazione alcuna dei nuovi parametri costituzionali.

Come già emerso nei commenti anteriori alla riforma costituzionale, il principio di obbligatorietà appare stridente, o almeno porsi in rapporti problematici, con i nuovi canoni della terzietà e dell'imparzialità del giudice e il correlato principio della parità delle parti, suscitando non poche perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della relativa disciplina in particolare della verifica giurisdizionale sull'esercizio apparente dell'azione (54).

6. Controlli giurisdizionali sull'accusa e terzietà del giudice. — In relazione ai controlli giurisdizionali sulla inazione e sull'abuso in sede di azione, alla simmetria che presiede i criteri che devono informare le determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale (v. *supra*, § 2) corrisponde, almeno in via di prima approssimazione, un'ana-

415 comma 2 c.p.p.), C. cost. 12 ottobre 1990, n. 445 (in relazione all'art. 157 d. lg. 28 luglio 1989, n. 271) e C. cost. 15 febbraio 1991, n. 88, citata *supra*, nt. 12, sul ruolo del giudice sulla richiesta di archiviazione e sui relativi presupposti, da un lato; C. cost. 8 febbraio 1991, n. 64 (art. 422 c.p.p.), C. cost. 2 maggio 1991, n. 190 e C. cost. 28 aprile 1992, n. 203 (art. 493 c.p.p.), C. cost. 3 giugno 1992, n. 241 (art. 519 comma 2 c.p.p.), in tema di poteri probatori delle parti e, più in generale, sul principio dispositivo rispetto ai poteri istruttori d'ufficio dell'organo giurisdizionale, dall'altro lato.

(53) Per tutti cfr. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978, 439 ss.

(54) A questo deve aggiungersi almeno il controverso orientamento del giudice delle leggi in tema di impugnazione quando, nel censurare la novella che circoscriveva il potere di appello del pubblico ministero, ha esteso il principio di parità delle parti oltre il dettato del legislatore costituzionale, che nel nuovo art. 111 cost. ne ha sottolineato la dimensione probatoria: rinviando, volendo, a RUCCONI, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in questa *Enciclopedia*, Annulli, II, t. 1, 1012 s.

tibilità tra giudice per le indagini preliminari e organo preposto all'esercizio delle funzioni giurisdizionali dopo l'inizio del processo (cfr. art. 34 comma 2-bis c.p.p., introdotto dall'art. 171 d. lg. 19 febbraio 1998, n. 51) offre — o sembra offrire — una soluzione ai dubbi che, peraltro, già il giudice delle leggi aveva in parte dissipato dichiarando, nei primi anni di vigenza del codice, l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c.p.p. la ove, prima della riforma, consentiva al giudice che aveva imposto al rappresentante della pubblica accusa la formulazione coatta dell'imputazione di partecipare al successivo giudizio (58).

Non si tratta evidentemente di una mera valutazione di carattere ordinamentale. Il problema è se e in quale misura il giudice che in qualunque modo si sia sostituito al rappresentante dell'accusa inadempiente rispetto ai suoi obblighi istituzionali, e sia quindi investito di un giudizio di merito, possa essere ritenuto ancora terzo ed imparziale.

In questa prospettiva, desta se non altro complessità la disciplina dei controlli sulla fondatezza dell'azione già esercitata, specie se si considera che la riforma della disciplina dell'udienza preliminare, a ridosso della novella costituzionale dell'art. 111 cost. (di solo un mese antecedente), ha fatto proprie le indicazioni del giudice delle leggi sviluppate anteriormente alla modifica dei parametri costituzionali. In particolare, estendendo il principio di completezza anche alla fase processuale, il legislatore ha attribuito all'organo giurisdizionale un ampio potere di integrazione istruttoria (art. 421-bis e 422 c.p.p.), che solo apparentemente può essere costruito come il necessario *pendant* dell'analogo potere riconosciuto in sede di controllo sull'inazione al giudice per le indagini (59).

Il principio di completezza si è esteso, peraltro, all'indicazione delle ulteriori indagini ai sensi dell'art. 409 comma 4 c.p.p., tendenzialmente circoscritte, anche in giurisprudenza, alla devoluzione di un tema di indagine, che lascia ovviamente libero il rappresentante dell'accusa di scegliere gli strumenti più opportuni per assolvere il suo dovere di completezza delle indagini, dal giudice dell'inazione ritenuto eluso. Cfr. CAPUOLI, *op. cit.*, 535 ss. e GUOSTRA, *L'archiviazione*, cit., 71 ss.

(58) Cfr. ancora CAPUOLI, *op. cit.*, 514 ss. per la sintesi delle pronunce della Corte e i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

(59) E ricorre nei commentatori l'accostamento dei nuovi poteri del giudice dell'udienza preliminare a quelli del giudice *ante iudicium*: per tutti v. BACCARETTI,

loga simmetria nei poteri attribuiti all'organo giurisdizionale deputato al controllo sull'accusa prima e dopo il processo.

Il giudice per le indagini, che non accogla la richiesta di archiviazione all'esito dell'udienza camerale, può disporre la formulazione coatta dell'imputazione o ritenga necessaria (art. 409 c.p.p.). Il primo potere è volto ad evitare che l'organo dell'accusa, che pure ha esaurito le indagini, eluda l'obbligo costituzionale valutando erroneamente le relative risultanze che, diversamente da quanto ritiene, siano idonee a sostenere l'accusa in giudizio; il secondo è funzionale ad assicurare che il medesimo obbligo non sia aggirato a seguito di deficienze nell'attività investigativa, la cui completezza costituisce il presupposto per la legittima determinazione in ordine all'inizio o meno del processo (v. *supra*, § 4) (55). All'udienza preliminare, specularmente, il giudice che rileva l'incompletezza delle investigazioni svolte dal rappresentante dell'accusa è tenuto a sollecitarne di nuove (art. 421-bis comma 1 c.p.p.) (56). Tanto in caso di inazione quanto in sede di udienza preliminare la legge disciplina l'avocazione delle indagini, rispettivamente per mancato esercizio dell'azione penale ai sensi dell'art. 412 comma 1 c.p.p. ovvero per la loro incompletezza dopo l'esercizio dell'azione penale ai sensi dell'art. 421-bis comma 2 c.p.p. (v. *AVVOCAZIONE E UDIENZA PRELIMINARE*). Profondamente diverse sono, tuttavia, le ricadute sul ruolo e sulle garanzie che dovrebbero essere assicurate all'organo giurisdizionale nel rispetto dell'art. 111 cost.

Con riguardo al controllo giurisdizionale sul rispetto del principio di legalità, i pur molteplici aspetti dell'istituto dell'archiviazione oggetto di dibattito, dalla formulazione coatta dell'imputazione all'indicazione di ulteriori indagini, non sembrano porsi in contrasto con i principi di cui al nuovo art. 111 cost. (57). L'odierna incompa-

(55) V. inoltre CAVALIELLO, *Archiviazione*, cit.

(56) Sulla difficoltà di inquadrare tali poteri cfr. GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata* (Autonoti vari), Milano, 2000, 97 ss.; GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico a cura di PERSONI*, Milano, 2000, 333; e PISTOMELLI, *Udienza preliminare*, in *Enc. giur.*, Aggiornamenti, 2001, 3.

(57) A questo riguardo dovrebbe venire in gioco so-

I poteri del giudice, volti a sollecitare il completamento delle indagini ovvero l'assunzione della prova decisiva per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, si inseriscono in una fase che, lungi dall'essere di mero controllo sull'eventuale infondatezza dell'accusa, è ormai caratterizzata da specifici contenuti di merito (60). E « se il legislatore del 1999 avesse davvero inteso connotare l'udienza preliminare per una decisione "sul" merito dell'imputazione sovrapponibile a quella del giudice dibattimentale, l'art. 421-bis c.p.p. lederebbe l'art. 111 comma 2 Cost. » (61).

La difficoltà di inquadrare i poteri istruttori del giudice in una fase non più meramente procedurale non costituisce solo una delle molteplici sfaccettature relative al discorso rispetto del principio dispositivo in tema di prova (62). « Nel caso dell'art. 421-bis c.p.p. viene stimolato [...] il completarsi investigativo che fisiologicamente spetta all'organo d'accusa. Se è vero che, in tal caso, il giudice non ha strumenti diretti per accrescere il materiale cognitivo, tuttavia, sono le

Chiusure delle indagini preliminari e udienza preliminare, in Il nuovo processo penale davanti al giudice unico (Autori vari), Milano, 2000, 133.

(60) Cfr. in particolare la considerazione della Consulta sintetizzata da PRINZI, *L'udienza preliminare, in Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale* a cura di Cosso, cit., 151 ss., per le ricadute della "nuova" natura dell'udienza preliminare sulla disciplina dell'incompatibilità. Osservava già nell'immediata scia della riforma che « l'udienza preliminare assume la configurazione di una sorta di dibattimento anticipato » GALANTINI, *op. cit.*, 101.

(61) CASSABA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni, in Trattato di procedura penale* diretto da UBERTI e VORNA, XXX, t. 1, Milano, 2007, 359.

(62) Ritiene che « l'intervento del giudice sul terreno probatorio (in sede di udienza preliminare) sia coerente con lo schema desumibile dall'art. 190 commi 1 e 2 c.p.p. (ovvero con il principio dispositivo in tema di prova e l'eccezione del potere *ex officio* in tema di prova) », svolgendo l'organo giurisdizionale, anche in sede di udienza preliminare, « un ruolo sussidiario », CASSABA, *op. cit.*, 344 (e, in precedenza, con toni ancora più critici, ID., *La "completanza" e la "conclusività" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare, in Cass. pen.*, 2006, 1241 ss.). Cfr. anche DR CASO, *Potere istruttorio e poteri delle parti nel processo penale, dal codice Rocco alla riforma delle indagini difensive*, ivi, 2001, 3208, secondo cui « la prospettiva nella quale deve essere espressa la valutazione sulla opportunità di un completamento probatorio, però, è rappresentata, nel caso dell'art. 421-bis c.p.p., solo da un'esigenza di "completezza", senza proiezioni particolari sui possibili epiloghi, anche se resta evidente la connessione al profilo della "decidibilità" ».

stesse prospettive impresse all'indagine "coatta" a condizionare inevitabilmente il tenore dell'epilogo; è difficile negare che egli partecipi attivamente alla ricerca di quanto risulta utile alla decisione, orientando, anzi, le linee dell'*inventio* secondo risultati da lui stesso assunti in ipotesi » (63).

Se alla luce dei nuovi parametri costituzionali dovrebbe essere rivisto il discorso orientamento volto a estendere sempre più i poteri istruttori officiosi del giudice, nel caso dell'udienza preliminare i poteri giurisdizionali *lato sensu* di controllo paiono stridere se possibile ancor di più con le garanzie che dovrebbero essere assicurate al giudice. La funzione del controllo è incompatibile con quella di un giudizio di merito (64). Sebbene la disciplina legislativa possa essere intesa in modo costituzionalmente orientato, ancorando i poteri officiosi del giudice di cui all'art. 421-bis c.p.p. ai presupposti della indecidibilità allo stato degli atti e della completezza del quadro probatorio per soddisfare finalità investigative (65), la commissione di ruoli (66) che la

(63) SCALFANI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei, in Cass. pen.*, 2000, 2818, e *ivi*, 2828 ss., la discussione circa la necessità che il potere del giudice sia subordinato alla difficoltà di esercitare il provvedimento conclusivo allo stato degli atti. In fine, *ivi*, 2834, per la riflessione che « potrebbe, del resto, almeno, essere l'uso disinvolto dei poteri delineati dall'art. 421-bis c.p.p. un'idea di generale supplenza verso qualsiasi inerzia del pubblico ministero, nell'ottica della salvaguardia sin troppo scrupolosa dell'art. 112 Cost.; costoché, dall'esigenza di verifica dell'accusa si corre il rischio di traghettare verso il controllo in funzione esclusivamente investigativa ».

(64) In senso analogo cfr. Rocco, *Il controllo sull'esterminazione costituzionale* a cura di Cosso, cit., 106 s.

(65) Il potere *ex art.* 421-bis c.p.p. costituirebbe, inoltre, una ben precisa alternativa a quanto previsto dall'art. 422 c.p.p., volto a consentire l'assunzione di prove su temi già individuati nel fascicolo; cfr. ampiamente CASSABA, *L'udienza preliminare*, cit., 344-348 e 348-357, per l'analisi disamina rispettivamente degli art. 412-bis e 422 c.p.p. Cfr. anche UBERTI, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, cit., 25, secondo il quale, « quando indica le ulteriori indagini (art. 421-bis comma 1 c.p.p.) o dispone l'integrazione probatoria (art. 422 comma 1 c.p.p.) durante l'udienza preliminare [...] il giudice può sviluppare la sua iniziativa, senza preavvisazioni, solo all'interno delle lacune, dei vuoti probatori lasciati dall'inerzia delle parti ».

(66) Secondo DR CASO, *op. cit.*, 3210, « il giudice controlla l'attività del pubblico ministero e stabilisce le linee direttrici dell'investigazione ulteriore che può, costruirà la fonte — o parte di essa — della sua successiva

normativa consente non può non indurre a riflettere sull'odierna configurazione del principio di obbligatorietà in relazione alle garanzie che presiedono alla figura del giudice.

Anteriormente alla formulazione dell'imputazione il controllo giurisdizionale è volto a sollecitare al rappresentante dell'accusa il rispetto degli obblighi elusi, senza pregiudizio per la funzione decisoria, circoscritta alla verifica del principio di legalità del procedere e, per definizione, anteriore alla domanda di merito.

Successivamente all'inizio del processo il giudice investigatore, invece, è di per sé incompatibile con la decisione di cui è naturalmente investito nella misura in cui, sovrapponendo le sue valutazioni a quelle di una parte, perde la sua terzietà rispetto all'oggetto del processo e la sua imparzialità rispetto a tutti gli altri soggetti (67).

Se, come è stato osservato, il controllo giurisdizionale sulla legalità del procedere in sede di inazione può costituire una scelta costituzionalmente preferibile, anche se non necessaria (68), di certo il controllo sul rispetto del principio di obbligatorietà dopo l'inizio del processo non solo non è necessario, ma è persino discutibile che sia anche solo opportuno. Pare se non altro opinabile la compressione dei principi della terzietà e della imparzialità del giudice in funzione di quel controllo, per assicurare il rispetto di un

decisione. Questa commissione tra "poteri" è del tutto spuria rispetto alla logica accusatoria ed in qualche modo evoca scenari "inquisitori": l'ideologia inquisitoria, infatti, si annida dove il giudice è, in qualunque modo, "padrone" della prova ». Poco più avanti l'autore osserva: « si determinano, così, una reale commistione tra momenti decisionali non del tutto compatibili; la valutazione sulla completezza delle indagini può tradire un'idea investigativa che il giudice non dovrebbe avere e che può trasformarsi in un concreto pregiudizio rispetto alla decisione conclusiva dell'udienza preliminare ».

(67) Sebbene il motivo sia stato ritenuto assorbito dalla declaratoria di incostituzionalità per violazione degli art. 112 e 3 cost., nella C. cost. 24 aprile 2009, n. 121 (che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p.) è sintomo di una diversa sensibilità verso i (nuovi) principi costituzionali il profilo prospettato dal remittente proprio ai sensi dell'art. 111 comma 2 cost. Secondo il giudice di Forlì, il divieto di esercitare l'azione penale previsto nella norma censurata, diretto esclusivamente nei confronti del pubblico ministero, non avrebbe impedito (ma anzi, avrebbe addirittura imposto) al giudice per le indagini preliminari di indicare al pubblico ministero le indagini a carico necessarie a completare le investigazioni; con il risultato di pregiudicare il principio di terzietà del giudice.

(68) V. *supra*, nt. 44.

principio, quello dell'obbligatorietà dell'azione penale, che non può dirsi in alcun modo sovraordinato ai principi del giusto processo.

7. *Rilevati conclusivi.* — In questo contesto deve collocarsi qualche riflessione conclusiva sugli odierni limiti al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Sebbene non sia possibile, come si è anticipato, offrire un quadro sistematico univoco della domanda della pubblica accusa, alcuni punti fermi possono tuttavia essere individuati.

L'art. 112 cost., baluardo dell'indipendenza del pubblico ministero e del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, oggi implica che, alla fine delle indagini preliminari, siano evitati processi inutili e, prima, che il pubblico ministero svolga indagini tendenzialmente complete (v. *supra*, § 4). Il rappresentante dell'accusa, ancora qualificabile organo di giustizia durante il procedimento, è sempre più caratterizzato come parte nella fase successiva, ove il suo ruolo, sullo stesso piano di quello della difesa, è definito rispetto alla terzietà ed alla imparzialità assicurate al giudice (v. *supra*, § 5).

Benché a quest'ultimo proposito possano essere discusse le forme di controllo giurisdizionale apprestate dal codice di rito sulla illegittima inazione o sull'esercizio apparente emergente è quella di un modello accusatorio del tutto peculiare, ove il rispetto del principio di obbligatorietà segna la netta cesura rispetto agli analoghi sistemi anglosassoni, spesso indicati, a torto o a ragione, come paradigma di riferimento.

Il problema, come è noto, è la gestione del carico di lavoro giudiziario, in quei sistemi ri- solo, almeno in gran parte, dalle scelte rimesse all'organo dell'accusa, titolare di un'azione penale discrezionale (69). Nel nostro ordinamento,

(69) La letteratura, italiana e straniera, sul punto è pressoché sterminata.

Emblematicamente, per le "nuove" esigenze di fronte a risorse che, da tempo, non sono più sufficienti a rispondere alla domanda di giustizia v. CESARI, *La clausole di irrilievanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 6 ss., là ove tratta dell'« efficienza » e « dell'emersione dell'« economia processuale » nella disciplina codicistica ».

Sulle scelte che, di fronte alla inostentabile mole di lavoro, sono assunte, di fatto, personalmente dal pubblico ministero precedente v. CHIVIANO, *Obbligatorietà del-*

se si prescindono dai ricorrenti tentativi, da parte del legislatore e dei singoli uffici dell'accusa, di definire le priorità da seguire rispettivamente nella celebrazione dei processi o nella trattazione dei singoli procedimenti (70), la questione stenta ancora a trovare una sua specifica dimensione

L'azione penale: il principio e la realtà, in Il pubblico ministero oggi (Atti del Convegno di Saint Vincent, 3 giugno 1993), Milano, 1994, 85 e Zaccarelli, *Stabilità le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, ivi, 102.

(70) La problematica dei "criteri di priorità" è esplosa a ridosso della promulgazione del nuovo codice di rito quando l'enorme mole delle notizie di reato che hanno sommerso gli uffici delle procure ha drammaticamente evidenziato come parte del carico sarebbe stato irrimediabilmente destinato a concludersi con l'archiviazione per prescrizione.

Come ricorda CESARI, *op. cit.*, 42, «l'esigenza di determinare i cosiddetti "criteri di priorità" ossia la griglia dei parametri ordinatori che, applicati alle notizie di reato pervenute all'ufficio del pubblico ministero, consentano di stabilire l'ordine di trattazione, sottraendolo alla tirannia del caso, all'arbitrio delle opinioni dei singoli magistrati o al cieco operare del criterio di sopravvenienza» prima si è affermata nella prassi per poi approdare anche a timide soluzioni normative (v. in nota anche per i più opportuni riferimenti) nell'art. 227 d. l. g. n. 51 del 1998, «ove si sanciscono i "criteri compositivi" cui gli uffici inquirenti e giudicanti devono ispirare le proprie scelte in tema di presenze, al fine di smaltire efficacemente in tempi brevi i carichi pendenti e agevolare così la piena attuazione della disciplina del giudice unico» (69, 45), anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici) nell'art. 132-bis norme att. c.p.p. che, inserito dall'art. 1 d. l. 24 novembre 2000, n. 341 (convertito, con modificazioni, in l. 19 gennaio 2001, n. 4), come da ultimo modificato dall'art. 2-bis d. l. n. 92 del 2008, anche nel titolo (da «formazione dei ruoli di udienza», si è passato all'odierno «formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi»), su cui di recente v. ALBAMONTE, *Il c.d. decreto sicurezza*, cit., 397 e, nell'immediatezza della promulgazione della nuova normativa, in senso particolarmente critico, MAZZAOLU, *Criteri di priorità e sospensione dei processi sollevano diverse perplessità costituzionali*, in *Giuda al diritto*, 2008, n. 21, 12 e PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2008, n. 9, 1077.

Dei provvedimenti degli uffici delle procure, i più noti sono la circ. del procuratore della Repubblica, Pret. circondariale Torino 16 novembre 1990, «Una filosofia dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali» (considetta circolare ZACCARELLI), in *Cass. pen.*, 1991, 362 ss., e la circ. del procuratore della Repubblica, Trib. Torino 10 gennaio 2007, «Direzioni in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza della applicazione della l. 31 luglio 2006 n. 241 che ha concesso l'innalzamento del carico di lavoro giudiziario, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale* a cura di CONSO, cit., 181.

proprio in ordine alle modalità di esercizio dell'azione penale.

Il ricorrente auspicio, volto a ridurre le fattispecie incriminatrici o ad estendere la perseguibilità a querela, è diretto ad incidere, nell'ambito del diritto sostanziale, sul volume delle notizie criminis, secondo un approccio che, pur lodevole, è destinato a scontrarsi con l'esponenziale ricorso, tipico di tutti i Paesi occidentali, al diritto penale per le più diverse e varie discipline.

Tralasciando l'ipotesi di una modifica della nostra Carta fondamentale nel senso di una diversa formulazione dell'art. 112, non opportuna né necessaria per le più differenti ragioni, una soluzione può essere cercata proprio nell'ambito dell'attuale disciplina dell'azione penale obbligatoria.

Se il pubblico ministero è obbligato a indagare tendenzialmente complete e, dopo l'esercizio "in concreto" (v. *supra*, § 2 e 3) dell'azione penale, deve essere ritenuto una parte processuale analoga a quella privata, infatti, vi è margine perché, nel rispetto della legalità del procedimento, si immaginino soluzioni volte ad assicurare il principio di uguaglianza anche in forme di pronunce contratte.

Si pensi ad una richiesta, alla fine del procedimento, volta a sollecitare una sentenza di non luogo a procedere per esiguità o irrilevanza del fatto (v. IRRELEVANZA DEL FATTO: *diritto processuale penale*). Altrimenti il legislatore, analogamente a quanto ha timidamente prospettato nell'ambito del rito minorile (71) — v. PROCEDIMENTO MINORILE — o in quello di fronte al giudice di pace (72) — v. GIUDICE DI PACE (*diritto processuale penale*) —, precisi con norma generale e astratta le ipotesi per cui, in concreto, si può prescindere da una pronuncia di condanna, non sarebbe prospettabile alcuna questione di illegittimità costituzionale: non sotto il profilo dell'ac-

(71) Cfr. art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, che, come noto, disciplina «la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto», ipotesi oggetto di molteplici studi. Tra i molti, da ultimo, cfr. il commento al relativo articolo di legge in *Il processo penale minorile* a cura di GIOSTRA, Milano, 2007; CESARI, *op. cit.*, 129 ss.; QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., 259 ss.

(72) Cfr. art. 34 d. l. g. 28 agosto 2000, n. 274. Ex plurimis cfr. ancora, anche per l'ampia bibliografia di riferimento, CESARI, *op. cit.*, 149 ss.; QUATTROCOLO, *op. cit.*, 169 ss.

certamento investigativo, tendenzialmente completo; non in relazione a ipotetiche opzioni discrezionali della pubblica accusa, obbligata di fronte ad una ben determinata piattaforma probatoria a formulare la propria domanda; non con riguardo al principio di uguaglianza, assicurato dall'individuazione di parametri, soggetti alla valutazione del giudice, generali e astratti.

Francesca Ruggieri

FONT. — Art. 111, 112 cost.; art. 50, 129, 326, 358, 405, 409, 421-bis, 425 c.p.p.; art. 125, 132-bis norme att. c.p.p.; art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448; art. 34 d. l. g. 28 agosto 2000, n. 274.

LETTERATURA. — *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero* a cura di GARO, Napoli, 1991; BONETTI, *Ministro della giustizia e azione penale*, Padova, 2008; CAVANILLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003; CASAROLI, *Archiviazione, Napoli*, 1994; CASAROLA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale* diretto da USARIS e VOVA, XXX, t. 1, Milano, 2007; CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; CESARI, *Le clefs de l'irrelevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005; CHIVARRO, *Appunti sulla problematica dell'azione penale nel processo penale italiano: incertezze, prospettive limitate*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 865 ss.; *Id.*, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977; *Id.*, *Archiviazione, obbligatorietà dell'azione penale e riforma del codice di procedura penale*, in *Quaderni della giustizia*, 1989, 40 ss.; *Id.*, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.; *Id.*, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995; *Id.*, *Noterelle a prima lettura sul progetto della Commissione bicamerale in tema di azione penale*, in *Leg. pen.*, 1998, n. 1, 129 ss.; DE CASO, *Pericoli legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3192 ss.; DOMINIONI, *Azione penale*, in *D. dir. pen.*, I, 1987, 398 ss.; *Id.*, *La Corte e i problemi cruciali della prova nel primo quadriennio di vigenza del codice di procedura penale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale* a cura di CONSO, Napoli, 2006; GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata* (Autori vari), Milano, 2000; GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico* a cura di PRIONI, Milano, 2000;

GIOSTRA, *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1991, *Id.*, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994; GRAVI, *Archiviazione per "indoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1281 ss.; *Il pubblico ministero oggi* (Atti del Convegno di Saint Vincent, 3 giugno 1993), Milano, 1994; LEONE, *Azione penale*, in questa *Enciclopedia*, IV, 851 ss.; MAZZAOLU, *Dichiaratoria immediata di cause di non punibilità (obbligo di)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 2002; MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005; MAZZAOLU, *Azione IV Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1996; MENCARELLI, *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, 1993; NIEPI MODONA, in *Commentario della Costituzione* a cura di BANCA, *La magistratura*, t. 4 (Art. 111-113), Bologna, Roma, 1987, sub art. 112 (e 107 comma 4); NOMBANO R., *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, Torino, 2000; ORUSTANO, *Azione in generale (storia del problema)*, in questa *Enciclopedia*, IV, 785 ss. e 825 ss.; PAVANE, *L'udienza preliminare*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale* a cura di CONSO, cit.; PASUTTI, *Presunzione di innocenza e regola di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, 1359 ss.; *Id.*, *Pubblico ministero e accusa penale* a cura di CONSO, Bologna, 1979; PULITANO, *Chiusura delle indagini preliminari, archiviazione ed esercizio dell'azione penale. Udienza preliminare*, Impunito e indagato, in *Lezioni sul nuovo processo penale* (Autori vari), Milano, 1990; QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004; *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale* (Atti del Convegno di Modena, 27 aprile 1996) a cura di TRIBALLI, Milano, 1998; Rocco, *Il controllo sull'esercizio dell'azione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale* a cura di CONSO, cit., 106; SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993; SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi riformatori*, in *Cass. pen.*, 2000, 2812 ss.; SCORABUONI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008; STRACCIANO F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005; UBERTI, *Azione III Azione penale*, in *Enc. giur.*, IV, 1988; *Id.*, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 1, 16 ss.; VALERINI REUTER C., *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1995; ZACCARELLI, *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 913 ss.; ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996.