

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Penale

**L'IMPUTAZIONE COATTA IN ESITO ALLA
RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE**

RELATORE:

Chiar.mo Prof.
Paolo Moscarini

CANDIDATO:

Giacomo Landolfi
Matr. 108303

CORRELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Di Bitonto

**ANNO ACCADEMICO
2014-2015**

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I	
L'archiviazione	
I.1 Cenni storici	4
I.2 L'archiviazione nel modello accusatorio	11
I.2.1 Generalità	11
I.2.2 I casi	14
I.2.3 La particolare ipotesi di cui all'art. 405 comma 1 – bis c.p.p.	20
I.3 L'archiviazione e l'obbligatorietà dell'azione penale	22
I.4 Il procedimento di archiviazione	26
I.4.1 Premesse	26
I.4.2 La richiesta del pubblico ministero	27
I.4.3 Il potere di controllo del giudice	31
I.4.4 L'opposizione alla richiesta di archiviazione	36
I.4.5 L'udienza camerale	41
I.5 Il provvedimento di archiviazione	46
CAPITOLO II	
L'imputazione coatta	
II.1 L'istituto	50
II.2 Profili costituzionali	55
II.2.1 Premessa	55
II.2.2 L'imputazione coatta e l'obbligatorietà dell'azione penale	56
II.2.3 Il ritenuto contrasto con l'art. 76 Cost.	60
II.2.4 Altri dubbi di costituzionalità	62
II.3 Questioni applicative	67
II.3.1 Premessa	67
II.3.2 Chi procede all'imputazione?	67
II.3.3 L'avviso di conclusione indagini nei casi di imputazione coatta	70
II.3.4 L'imputazione coatta e la richiesta di rinvio a giudizio	76

II.3.5 L'ottemperanza del p.m. all'ordine del g.i.p	79
II.3.6 Imputazione coatta e imparzialità del giudice	85

CAPITOLO III

I poteri del giudice

III. 1. Il problema	90
III. 2. La categoria dell'abnormità	91
III.3. L'estensione soggettiva	95
III.3.1. Diversi orientamenti	95
III.3.2. In particolare, la "sentenza Minervini"	103
III.4. L'estensione oggettiva	109
III.5. La sentenza delle Sezioni Unite n. 4319 del 2014	116
III.5.1. La genesi di una decisione	116
III.5.2. La soluzione delle Sezioni Unite	118
III.5.2. Questioni aperte e possibili soluzioni	121

BIBLIOGRAFIA	125
---------------------	-----

INTRODUZIONE

L'interesse per l'istituto dell'imputazione *iussu iudicis* nasce dallo studio e dall'analisi della riforma del procedimento penale realizzata con il d.P.R. 22 settembre 1988 n. 447, che avrebbe dovuto introdurre nel nostro ordinamento giuridico le regole e i principi propri del processo accusatorio di origine anglosassone. Tra questi, in particolare, la netta separazione tra funzioni inquirenti e giudicanti, la più precisa scansione (non soltanto temporale, ma anche e soprattutto funzionale) tra la fase investigativa e quella dibattimentale, la realizzazione del cosiddetto "processo di parti".

Il progetto del "codice Vassalli" può, tuttavia, considerarsi soltanto in parte realizzato, in quanto permangono nell'attuale sistema processualpenalistico elementi ed istituti che mal si conciliano con le finalità di riforma in senso accusatorio proclamate dall'art. 2 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81. Il procedimento di archiviazione, nella cui dinamica si inserisce lo strumento dell'imputazione coatta, ad esempio, presenta caratteristiche difficilmente riconducibili al sistema accusatorio: a cominciare dalla previsione di un controllo giurisdizionale sulla richiesta ablatoria avanzata dal pubblico ministero. Adottata al fine di consentire un controllo efficace sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito in via costituzionale dall'art. 112 Cost., tale scelta rappresenta, secondo l'espressione pronunciata dallo stesso estensore del codice, «una deroga smaccata e patente» ai principi del sistema accusatorio che, al contrario, postulano una totale autonomia di funzioni tra l'accusa (parte processuale pubblica, abilitata a dare impulso al procedimento e alla raccolta del materiale probatorio) e il giudice (organo terzo ed imparziale, delegato alla risoluzione della controversia).

Se già lo stesso procedimento di archiviazione presenta delle caratteristiche tali da far sorgere ampie perplessità circa la realizzazione dei fini annunciati dal legislatore del 1988, ancora più forti sono i dubbi generati dalla previsione dello strumento disciplinato al quinto comma dell'art. 409 del codice di procedura penale. L'imputazione coatta, ordinanza tramite la quale il giudice per le indagini preliminari preposto al controllo sulla richiesta di archiviazione obbliga il pubblico ministero a esercitare l'azione penale, rappresenta infatti uno degli istituti più controversi dell'intera disciplina risultante dalla riforma del codice di rito. A ben guardare, tale istituto può essere concepito come un punto di contatto, una cerniera tra il sistema inquisitorio del "codice Rocco" del 1930 e quello tendenzialmente accusatorio del c.p.p. del 1988. E ciò in quanto residuano all'interno di esso tracce del previgente modello processuale. Un procedimento in senso pienamente accusatorio non avrebbe, infatti, conferito ad un organo giurisdizionale un potere di così ampia portata, tale da determinare un alto rischio di intromissione del giudice nelle prerogative della pubblica accusa e, di conseguenza, di valicare i limiti del processo di parti e del principio del *ne procedat iudex ex officio*. Nell'imputazione coatta si concentrano, pertanto, i forti timori avvertiti dal legislatore del 1988. Difatti, se da un lato, la preoccupazione di lasciare esclusivamente alla parte pubblica il controllo della fondatezza dei presupposti dell'archiviazione ha fatto sì che a tale funzione fosse preposto un organo giurisdizionale, dall'altro lato, il timore di riproporre nel nuovo codice di rito la figura del giudice istruttore ha impedito che si consentisse al g.i.p. di procedere autonomamente all'imputazione, senza incaricare di tal compito il pubblico ministero. Il risultato compromissorio che ne è derivato ha lasciato ampio spazio a problemi interpretativi e applicativi non sempre facilmente risolvibili. Si consideri, inoltre, che a

fronte delle modifiche introdotte all'art. 111 Cost. dalla l. costituzionale n. 2 del 1999, attuative dei principi del cosiddetto "giusto processo", tra i quali emerge quello dell'imparzialità e terzietà dell'organo giudicante, l'istituto dell'imputazione coatta appare sempre più avulso dal contesto giuridico attuale.

Il presente elaborato, pertanto, in seguito ad una preliminare contestualizzazione storica e sistematica dell'istituto generale dell'archiviazione, si propone di esaminare l'imputazione *iussu iudicis*, di evidenziarne le contraddizioni e di ripercorrerne le vicende giurisdizionali che hanno contrassegnato l'evoluzione ermeneutica dell'istituto. Il lavoro si concentrerà, poi, in modo particolare sul tema dell'estensione dei poteri spettanti al g.i.p.. L'argomento, dominato per anni da forti incertezze e perplessità, risulta ora chiarito dalla sentenza 4319/2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Tale pronuncia infatti, sulla scia di quanto sancito otto anni prima dalla sentenza Minervini (sent. S.U. 22909/2005), ha individuato i limiti, soggettivi ed oggettivi, che il g.i.p. incontra nell'esercizio dei poteri conferitigli dal comma IV dell'art. 409 e, ancor di più, dal comma V della stessa disposizione.

Come sarà evidenziato nelle pagine che seguono, nonostante l'intenso e proficuo lavoro giurisprudenziale e dottrinale, l'imputazione coatta presenta ancora oggi problematiche di carattere funzionale e sistematico che impongono una seria riflessione ed un impegno risolutivo.

Il presente elaborato individua nell'affidamento della funzione di controllo della richiesta di archiviazione in capo al Procuratore generale presso la Corte d'Appello una possibile quadratura del cerchio, in quanto maggiormente compatibile con la dinamica accusatoria del processo risulta essere la previsione di un controllo gerarchico.

CAPITOLO I

L'archiviazione

SOMMARIO: I.1 Cenni storici – I.2 L'archiviazione nel modello accusatorio – I.2.1 Generalità – I.2.2 I casi – I.2.3 La particolare ipotesi di cui all'art. 405 comma 1-bis c.p.p. – I.3 L'archiviazione e l'obbligatorietà dell'azione penale – I.4 Il procedimento di archiviazione – I.4.1 Premesse – I.4.2 La richiesta del pubblico ministero – I.4.3 Il potere di controllo del giudice – I.4.4 L'opposizione della persona offesa – I.4.5 L'udienza camerale – I.5 Il provvedimento di archiviazione

I.1 Cenni storici

Nonostante i vari interventi legislativi che nel tempo hanno modificato la disciplina dei procedimenti penali, l'organo deputato a formulare l'accusa e innescare il giudizio, a seguito delle indagini, è sempre stato posto di fronte una scelta tra due opzioni contrapposte: da un lato, l'esercizio dell'azione penale, atto destinato ad attivare la giurisdizione ed instaurare il processo vero e proprio; dall'altro lato, la richiesta di archiviazione¹. Quest'ultima rappresenta la forma con cui il titolare dell'accusa esprime la propria volontà di non procedere con

¹ Alla voce *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Treccani, vol. I, p. 2, GIOSTRA afferma: «*nel nostro ordinamento, il procedimento archiviativo deve servire ad accettare l'inesistenza dei presupposti dell'obbligo di agire e il provvedimento di archiviativo ad esonerare il pubblico ministero, in via eccezionale, dall'osservanza di tale obbligo (di esercitare l'azione penale n.d.a.)*».

Un'altra preziosa definizione è offerta da M. CAIANELLO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè 2008, secondo il quale «*In via di prima approssimazione, con il concetto di archiviazione si intende individuare quell'attività attraverso la quale si determina l'arresto del procedimento penale prima che sia esercitata l'azione [...]. Più specificamente, si indica (e si regola) l'operazione con la quale l'organo dell'accusa si astiene dal promuovere la domanda penale in relazione ad una notizia di reato: ne consegue la destinazione degli atti sino a quel momento compiuti all'archivio. [...] Ciò che invece costituisce l'oggetto principale della disciplina coinvolta dal sostantivo è il meccanismo giuridico attraverso il quale si giunge ad autorizzare la conclusione di un'indagine, senza che debba conseguire l'instaurazione di un giudizio*».

riferimento a una particolare notizia di reato che, essendo apparsa infondata, potrebbe determinare l'instaurazione di un processo superfluo.

Proprio al fine di evitare l'avvio di procedimenti inutili, la prassi giurisprudenziale e, successivamente, il legislatore hanno elaborato l'istituto dell'archiviazione. La cui funzione è, infatti, quella di costituire un filtro diretto ad impedire che *notitiae criminis* palesemente infondate o relative a fatti per i quali non è comunque possibile procedere possano far attivare la macchina processuale, con inutile dispendio di risorse² e pregiudizio del soggetto imputato senza motivo.

Tale esigenza, benché ancora oggi fortemente sentita, non è emersa di recente: sotto la vigenza del codice 1865, infatti, era già diffusa la prassi di archiviare le notizie di reato ritenute dall'organo di accusa inidonee a far attivare la macchina processuale; e ciò sebbene non vi fosse, nella legislazione dell'epoca, alcuna norma che prevedesse la possibilità di disporre in tal senso. Sulla stessa linea si mantenne il codice penale 1889, contenente un art. 164 che esplicitamente permetteva al pubblico ministero, in seguito a valutazioni e determinazioni del tutto autonome e sottratte a controllo³, di trasmettere gli atti all'archivio, quando da una notizia di reato non derivasse un pubblico documento.

Bisogna attendere il 1913 - anno di entrata in vigore del "codice Finocchiaro Aprile" (r.d. 27 febbraio 1913, n. 127), per trovare una disciplina più articolata del procedimento di archiviazione: all'art. 179

² In questo senso si esprime F. CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958. Secondo il giurista, infatti, «[...] l'imporre all'organo dell'accusa un indiscriminato dovere di procedere in presenza di ogni notizia criminis condurrebbe ad un uso antieconomico di quel costoso strumento che è il processo».

³ A tal proposito BORTOLOTTI, *Ministero Pubblico (materia penale)*, in D.I., XV, II, Torino, 1904 – 1911. 574 ss., notava: «Il depositario dell'azione, arbitro, secondo coscienza e a norma delle disposizioni di legge, dell'opportunità di iniziare e di proseguire l'azione, è il Pubblico Ministero».

comma 2⁴ si consentiva infatti al procuratore del Re di richiedere al giudice istruttore un'autorizzazione a non procedere e, quindi, a non esercitare l'azione penale con riferimento a fatti valutati penalmente irrilevanti. La portata innovativa di questa disposizione è chiara: mentre in precedenza la trasmissione di una *notitia criminis* all'archivio poteva essere disposta autonomamente dall'organo di accusa, con il conseguente rischio di conferire al pubblico ministero un'eccessiva discrezionalità nell'instaurazione o non del processo penale, la disciplina del 1913 subordinava l'archiviazione della notizia di reato al controllo del giudice istruttore.

Soltanto con il "codice Rocco", del 1930, compare espressamente il termine "archiviazione". Il nuovo testo legislativo disciplinò l'istituto all'art. 74, comma 3⁵, apportando una estremamente significativa modifica al precedente assetto: il controllo sulla scelta del pubblico ministero di non agire ebbe una natura non più giurisdizionale, bensì gerarchica. Competente a vigilare sull'attività dell'organo inquirente diventava il procuratore generale presso la corte d'appello, organo interno

⁴ L'art. 179 del codice di procedura penale del 1913 recitava: «*Il procuratore del Re promuove ed esercita l'azione penale, secondo le norme stabilite dalla legge, o richiedendo l'istruzione formale, o procedendo per citazione diretta dopo la istruzione sommaria che reputi necessaria, ovvero per citazione direttissima. Se reputi che per il fatto non si debba promuovere azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Se creda che la competenza spetti al pretore, (omissis), gli restituisce o trasmette gli atti. Se creda che la cognizione del fatto non appartenga alla autorità giudiziaria, trasmette gli atti all'autorità competente*».

⁵ Il testo dell'art. 74 del codice di procedura penale 1930 recitava: «*Quando il pubblico ministero ritenga che non si debba procedere per la manifesta infondatezza del rapporto, del referto, della denuncia, della querela o dell'istanza, e non ha già fatto richiesta per l'istruzione formale o per il decreto di citazione a giudizio, ordina la trasmissione degli atti all'archivio. Il pretore provvede nello stesso modo. Il procuratore del Re e il pretore che hanno ordinato la trasmissione degli atti all'archivio ne informano rispettivamente il procuratore generale e il procuratore del Re, i quali possono richiedere gli atti e disporre invece che si proceda*».

all'organizzazione del pubblico ministero, al quale fu attribuito il potere - in caso di dissenso dalla scelta del magistrato procedente - di richiedere gli atti e ordinare la prosecuzione del procedimento. Non era invece previsto un potere di autorizzazione ex-ante all'archiviazione in capo al procuratore generale: questi veniva informato della trasmissione degli atti all'archivio soltanto dopo che il magistrato di primo grado aveva autonomamente proceduto in tal senso; ne risultava così prefigurata una forma di "silenzio-assenso".

Tale opzione per il controllo gerarchico anziché giurisdizionale era coerente con la concezione del pubblico ministero come organo dipendente dal potere esecutivo. In questa prospettiva appariva quindi più opportuno affidare la vigilanza sull'esercizio di una prerogativa governativa a un organo designato alla stessa funzione, ma gerarchicamente sovraordinato, come il procuratore generale. La scelta di affidare in via esclusiva le sorti della *notitia criminis* all'ufficio del pubblico ministero è dettagliatamente illustrata nella Relazione al Re che accompagnò la stesura del codice Rocco. Nel testo, infatti, si legge:

«L'archiviazione può avvenire sino a che il pubblico ministero non ha investito dell'azione penale il giudice, con la richiesta di istruzione formale o del decreto di citazione a giudizio. Fino a questo momento il pubblico ministero conserva l'assoluto dominio dell'azione penale, e perciò è razionale che mantenga la facoltà di non richiedere l'intervento della garanzia giurisdizionale quando si avvede della fondatezza dell'inoculazione, anche dopo aver compiuto atti d'istruzione sommaria, compresa l'emissione di ordini di cattura, d'accompagnamento o di comparizione. Nonostante il compimento di questi atti, il giudice non è stato ancora investito dell'azione penale e quindi non è necessario l'intervento del giudice per dichiarare che non si deve procedere».

Questo assetto venne, però, superato appena dopo la fine dell'esperienza fascista; e cioè quando, con il d.l.lgt. 14 settembre 1944, n.

288, il compito di vigilanza sul corretto esercizio dell'azione penale fu affidato nuovamente a un organo giurisdizionale⁶. Il titolare dell'accusa, qualora avesse ritenuto di optare per l'archiviazione della notizia di reato, avrebbe dovuto formulare una richiesta in tal senso al giudice istruttore. In caso di dissenso, questi avrebbe potuto disporre con ordinanza l'avvio dell'istruzione formale.

Benché all'innovazione del 1944 vada sicuramente riconosciuto il merito di aver reintrodotta il controllo di tipo giurisdizionale sull'azione magistrato inquirente, non si può affermare che la novella fosse riuscita a disciplinare in maniera chiara e precisa l'istituto in esame. Anzi, l'art. 74, comma 3, così come modificato dal succitato d.l. 288/44, risultò lacunoso e incompleto: esso lasciava ampio spazio interpretativo proprio in riferimento alle circostanze in base alle quali il p.m. sarebbe stato legittimato a richiedere l'archiviazione.

L'importanza dell'esperienza maturata sotto la vigenza quasi sessantennale del "codice Rocco" impone, tuttavia, anche in questa sede, un esame più approfondito della disciplina ivi contenuta riguardo l'archiviazione⁷, indispensabile pure per comprendere le ragioni che hanno determinato l'attuale versione dell'istituto.

⁶ Appare utile richiamare il testo dell'art. 74, comma 3 del codice di procedura penale del 1930, così come modificato dall'art. 6 d.l. 288/1994: «*Il pubblico ministero, qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale*».

⁷ Per un'analisi storica dettagliata sull'archiviazione, CARLOTTA CONTI, *Archiviazione*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale*, diretto da GIORGIO SPANGHER, Vol. III; *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di GIULIO GARUTI, Padova, 2011, pagg. 729 ss.; FRANCESCO CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 3 ss.; CRISTIANA VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994.

Va innanzitutto chiarito che il sistema fascista era sostanzialmente inquisitorio. In particolare, esso conferiva all'organo di accusa ampi poteri in materia di raccolta delle prove, determinando, di conseguenza, posizioni asimmetriche tra le parti del processo. Bisogna inoltre considerare che uno dei punti di maggiore divergenza tra il procedimento penale configurato dal codice 1930 e quello attuale risiede proprio nella differente scansione delle due fasi, procedimentale e processuale, e nella divergente disciplina delle indagini preliminari, nel cui ambito oggi si inserisce l'istituto dell'archiviazione.

In particolare, nel sistema abrogato, la scelta del p.m. in merito all'esercizio dell'azione penale precedeva l'avvio dell'istruzione *stricto sensu*: a determinare l'organo di accusa nel senso dell'azione era sufficiente un mero accertamento sommario circa la non manifesta infondatezza della notizia di reato. Il p.m., qualora avesse ritenuto quest'ultima manifestamente infondata, avrebbe richiesto l'archiviazione al giudice istruttore. Nel caso contrario, invece, l'accusa avrebbe esercitato l'azione penale. Solo in esito a questa seconda soluzione, si sarebbe aperta la fase istruttoria vera e propria, consistente nella raccolta del materiale probatorio, da utilizzare nel dibattimento eventualmente successivo.

L'acquisizione delle prove non era di regola un compito del p.m., potendo lo stesso incaricarsi di tale attività solo in talune ipotesi (nel qual caso, si parlava di istruzione sommaria); altrimenti, egli doveva richiedere al giudice istruttore di svolgere tale attività (la c.d. istruzione formale). Poiché si realizzava in un momento successivo all'esercizio dell'azione penale, la fase istruttoria rivestiva, quindi, natura prettamente processuale, riguardava un soggetto che poteva essere già definito formalmente imputato ed era volta ad assumere vere e proprie prove.

La collocazione della scelta tra azione e archiviazione in una fase antecedente alla raccolta di materiale probatorio poneva non poche perplessità in ordine alla concreta distinzione intercorrente tra il provvedimento di archiviazione e quello di proscioglimento istruttorio, atti che apparentemente si basavano sugli stessi presupposti. Giurisprudenza e dottrina chiarirono i dubbi suggerendo una soluzione incentrata su di una differenza quantitativa nell'infondatezza della notizia di reato. Affinché si potesse richiedere e ottenere un decreto archiviativo - si argomentava - era indispensabile che il p.m. ritenesse manifestamente infondata la *notitia criminis*. Il proscioglimento istruttorio, invece, rappresentava un provvedimento accessibile solo dopo l'esercizio dell'azione e quindi in relazione a una notizia di reato che, pur essendosi rivelata infondata, non rendeva superflua l'esecuzione della fase istruttoria e la raccolta di materiale probatorio⁸. Tale soluzione, adottata da giurisprudenza e dottrina, se faceva luce sulle divergenze esistenti tra i due istituti, indirettamente, finiva con il circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 74 c.p.p. 1930 al solo caso di manifesta infondatezza della notizia di reato; così evidentemente limitando l'applicazione dello strumento ivi previsto ed accrescendo il rischio di processi superflui.

Tali problematiche richiedevano un intervento chiarificatore da parte del legislatore. Anche a questo riguardo dispose quindi la l. 16 febbraio 1987, n. 81, con cui il Parlamento delegò il Governo a emanare un nuovo codice di procedura penale ispirato - secondo quanto ivi enunciato nel preambolo dell'art. 2 - ai principi del modello accusatorio. Nell'ambito di

⁸ Relativamente alla differenza intercorrente tra il decreto di archiviazione e la sentenza istruttoria di proscioglimento, notevole lucidità presenta l'analisi effettuata da C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., pagg.85 e ss.

questa riforma generale della procedura penale, anche l'istituto dell'archiviazione non fu - ovviamente - esente da indicazioni dirette a farlo modificare.

I.2 L'archiviazione nel modello accusatorio

I.2.1 Generalità

L'anzidetta delega fu attuata da parte del Governo col d.P.R. 22 settembre 1988 n. 447, con cui si approvava il nuovo codice di procedura penale, il c.d. "codice Vassalli". Con tale riforma, il processo penale italiano tendeva a realizzare i caratteri del modello accusatorio.

Secondo la relativa concezione, tale sistema, in netta contrapposizione con quello inquisitorio, si fonda sui alcuni principi (quali la perfetta simmetria e parità di posizioni delle parti, la neutralità assoluta del giudice, la possibilità per accusa e difesa di presentare elementi di prova e di concorrere alla formazione della stessa, tramite l'istituto della c.d. *cross examination*) che si ritenevano più adeguati al mutato quadro giuridico costituzionale ed internazionale⁹. Non si può, tuttavia, affermare che con la riforma del 1988 il nostro processo penale abbia accolto pienamente i canoni accusatori. Il risultato ottenuto con il nuovo codice di

⁹ In particolar modo, come chiarito nell'art. 2 della legge-delega, appariva indispensabile adeguare la normativa processuale italiana, non solo alla Costituzione repubblicana nel frattempo entrata in vigore, ma anche alle Convenzioni internazionali che il nostro Paese aveva ratificato. Tra queste rilevano soprattutto la "Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali", firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la legge 848/1955 e il "Patto internazionale sui diritti civili e politici" stipulato a New York nel 1966 e ratificato in forza della legge 881/1977.

rito, infatti, è stato l'introduzione di un sistema più garantista, ma solo tendenzialmente accusatorio¹⁰.

Molteplici, peraltro, risultano le divergenze tra il processo penale delineato dal codice Rocco e quello introdotto nel 1988: vanno ricordate, in particolar modo, l'eliminazione dell'istruttoria e la separazione dei ruoli e delle fasi procedurali. In particolare, se - come sopra accennato - nel vigore della normativa 1930 l'attività di raccolta del materiale probatorio aveva una natura già processuale (onde i risultati raggiunti alternativamente dal p.m. o dal giudice istruttore finivano per essere usati nella fase dibattimentale per formare il convincimento del giudice), il codice Vassalli vede abolito il giudice istruttore e disegnata una diversa e più rigida scansione delle fasi processuali. Infatti, nell'intento di evitare interferenze tra attività investigativa e procedimento di formazione della prova di fronte all'organo giudicante, il nuovo c.p.p. ha - da un lato - affidato al solo p.m. il compito di svolgere le indagini e - dall'altro - ha separato in maniera più netta la fase preistruttoria da quella del dibattimento. Si tratta di una separazione di natura non soltanto temporale, ma anche funzionale: la prima fase (ora denominata "indagini preliminari" e disciplinata nel Libro V) è oggi destinata alla raccolta non più di prove vere e proprie, bensì di elementi di prova utili all'accusa per scegliere se esercitare o no l'azione penale; la seconda, invece, rappresenta la sede naturale di formazione della

¹⁰ Forti perplessità in ordine all'adeguamento del processo penale italiano al modello accusatorio anglosassone furono espresse anche dallo stesso sen. Giuliano Vassalli. In sede di discussione generale del disegno di legge sulla elaborazione della delega al Governo a emanare il nuovo codice di procedura penale, nella seduta del Senato del 19 novembre 1986 (pubblicata in www.senato.it/sitostorico/home), infatti, Vassalli afferma: «[...] a me pare che l'attuale disegno di legge, pur volendo ispirarsi a taluno dei caratteri del sistema accusatorio, non si può certo dire che vi si ispiri pienamente. Non lo si può dire perché tutto il nostro ordinamento si esprime in senso profondamente contrario».

prova, cioè, di ciò che il giudice dovrà prendere in considerazione e valutare ai fini dell'emanazione di una sentenza¹¹. In questo nuovo sistema l'esercizio dell'azione penale ha una valenza differente: con tale atto, infatti, si passa dalla fase (procedimentale e tendenzialmente segreta) delle indagini preliminari alla fase (processuale e pubblica) del dibattimento. In materia di archiviazione, quindi, la successione dei momenti viene invertita: nel codice Rocco, la scelta tra esercizio dell'azione penale e decreto archiviativo avveniva dopo una prima e sommaria verifica circa la non manifesta infondatezza della notizia di reato. Nel nuovo sistema, invece, è proprio l'attività investigativa ad assumere la funzione di strumento utile per il pubblico ministero al fine d'operare la scelta. Lo chiarisce l'art. 326 c.p.p.: rubricato «Finalità delle indagini preliminari» e collocato in apertura del Libro V, esso stabilisce:

«Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti l'esercizio o dell'azione penale».

¹¹ Nella Relazione al Progetto definitivo del c.p.p., pubblicato in G.U. 24 ottobre 1988, serie generale, n. 250, Supplemento ordinario n.2, 188 si chiarisce che: «La Commissione ha dato attuazione alle direttive della legge-delega in tema di indagini preliminari cercando di farne risaltare, fin dall'impianto sistematico del Progetto, la collocazione in un momento antecedente all'inizio dell'azione penale. Assunta l'imputazione come linea di confine tra il procedimento, nel quale trovano posto le attività della polizia giudiziaria e del pubblico ministero istituzionalmente inidonee a formare la prova utilizzabile nel dibattimento, ed il processo, che prende avvio con la richiesta di rinvio a giudizio o con uno degli atti introduttivi dei procedimenti speciali, si è inserita nel Titolo VIII (Chiusura delle indagini preliminari) la normativa sugli epiloghi, interlocutori o definitivi, che non comportano la formulazione dell'accusa (richiesta di proroga dei termini o di archiviazione), riservando la disciplina dell'udienza preliminare ad una distinta sede materiae del presente libro (Titolo IX) e quella concernente i procedimenti speciali ad un autonomo Libro VI».

1.2.2 I casi

Chiarite le suesposte premesse, è ora necessario guardare nel dettaglio il funzionamento del procedimento di archiviazione delineato dal c.p.p. 1988.

L'alternativa tra esercizio dell'azione penale e richiesta di autorizzazione a non procedere viene evidenziata - oltre che nel già citato art. 326 - in più altre norme: nell'art. 50, che apre il Titolo II del Libro I, dedicato alla disciplina dell'organo di accusa, al primo comma si legge:

«Il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione».

Il concetto viene poi ribadito nell'art. 405, il quale, a proposito dell'esercizio dell'azione penale, stabilisce che il p.m. vi procede

«quando non deve richiedere l'archiviazione».

Da queste due formule si può già evincere come il legislatore del 1988 abbia inteso estendere l'applicazione dell'istituto in esame, ampliandone l'ambito e definendone il presupposti con una precisione superiore rispetto al testo previgente. La lettura degli art. 50 e 405 c.p.p. impone, infatti, di considerare l'esercizio dell'azione penale da parte del titolare dell'accusa alla stregua di opzione residuale, cui approdare esclusivamente nei casi di assenza di quelle situazioni che invece imporrebbero allo stesso di domandare l'archiviazione. E gli stessi presupposti di questo provvedimento vengono ampliati dalla nuova disciplina: al contrario di quanto previsto nel codice del 1930 (ma anche a dispetto di quanto richiesto dal Parlamento nell'art. 2 n. 50 legge delega, che espressamente parlava di «manifesta infondatezza della notizia di reato»), la nuova disciplina non esige più che la notizia di reato sia risultata

“manifestamente” infondata. L’art. 408 c.p.p., infatti, sia nella rubrica sia nel primo comma, stabilisce che il pubblico ministero chieda l’archiviazione «se la notizia di reato è infondata». L’abbandono del criterio di manifesta infondatezza è poi ribadito dall’art. 125 norme att. c.p.p.: vi si specifica che l’infondatezza della notizia di reato sussiste quando

«gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

Seppur a livello di *obiter dictum*, la Corte costituzionale, nella sent. 88/1991¹², ha spiegato questa scelta del legislatore dicendo che la scomparsa dell’attributo “manifesta” altro non è se non una conseguenza diretta della nuova articolazione dell’intero procedimento penale. Poiché, infatti, a differenza di quanto disposto dal “codice Rocco”, l’infondatezza della notizia di reato va ora valutata *ex post*, alla stregua del materiale investigativo raccolto, occorre ritenere che la relativa valutazione implichi, necessariamente, un certo grado di inequivocità. In altre parole, essendo l’infondatezza riscontrata sulla base degli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari, la stessa è, per ciò stesso implicitamente, manifesta.

¹² La Corte argomenta in questo modo: «Tra vecchio e nuovo codice vi è, però, in materia, una fondamentale differenza. Nel primo, la decisione sull’archiviazione, assunta in base alla sola notizia di reato o a più o meno scarni elementi acquisiti nel corso degli atti preliminari all’istruzione, tendeva a stabilire se vi fosse o no un’infondatezza così manifesta da far ritenere superflua o meno, l’istruzione vera e propria. Nel secondo, invece, si tratta di decidere all’esito, e sulla base, di indagini preliminari anche “complete” e talvolta integrate da investigazioni suppletive (artt. 409, 410 e 413). Ciò spiega perché il legislatore delegato, nel formulare l’art. 408, abbia ritenuto di omettere l’attributo “manifesta” che il delegante aveva adottato senza particolari discussioni sul punto: si è ritenuto, cioè, verosimilmente, che l’“infondatezza”, collocata al termine delle indagini preliminari, recasse già in sé il segno dell’inequivocità. Il vero significato della regola così dettata è, quindi, quello della non equivoca, indubbia superfluità del processo».

Il principio che si evince dal combinato disposto degli artt. 408 c.p.p. e 125 norme att. è quello per cui, nel momento dell'opzione tra l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione, il p.m. è chiamato ad una valutazione prognostica circa la superfluità o la necessità del processo¹³.

Ma quella che può sembrare una evidente conclusione ha suscitato non pochi dubbi in dottrina. Ci si è chiesti, in particolare, in che termini debba avvenire questa valutazione prognostica. Sul punto, si sono contrapposte due tesi.

Un primo orientamento, assunto che ogni dibattimento conclusosi con sentenza assolutoria dovrebbe essere considerato superfluo, riteneva che la scelta del pubblico ministero dovesse risolversi in senso favorevole all'esercizio dell'azione penale soltanto nel caso il cui l'organo di accusa avesse ritenuto probabile una condanna dell'imputato all'esito del processo.

Un'interpretazione di questo tipo, tuttavia, non prendeva in considerazione l'iter evolutivo che aveva caratterizzato l'elaborazione dell'art. 125 norme att.: l'orientamento suesposto, infatti, avrebbe potuto più agevolmente conciliarsi con la formulazione espressa nell'art. 115 del Progetto preliminare di tali norme attuative, per il quale il pubblico ministero avrebbe dovuto domandare l'archiviazione al giudice solo se avesse ritenuto che «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non [fossero] sufficienti alla condanna dell'imputato»; ma lo stesso indirizzo non poteva considerarsi aderente al testo definitivo.

In altre parole, poiché lo stesso legislatore delegato, in sede di approvazione del d.lgs. 271/1989, aveva abbandonato il riferimento alla probabilità della condanna, non poteva essere ritenuta accoglibile

¹³ In questo senso Cass. Sez. 3^a sent. 1/8/1990, Ghirarduzzi

un'interpretazione dell'art. 125 norme att. che poneva come cardine quella stessa probabilità.

Da un punto di vista completamente opposto, invece, altra parte della dottrina, contestato l'asserto secondo il quale un processo è da considerarsi inutile se si sia concluso con un'assoluzione, riteneva che fosse necessario adottare un differente criterio di giudizio. Questo veniva ravvisato nell'evidenza dell'innocenza della persona sottoposta alle indagini, nel momento della conclusione delle stesse: qualora il p.m. avesse ritenuto l'indagato palesemente innocente, avrebbe optato per una richiesta di archiviazione; nel caso contrario, avrebbe esercitato l'azione penale.

Sulla questione intervenne anche la Corte costituzionale (chiamata a giudicare su di una sospetta violazione dell'art. 76 Cost. per il ritenuto contrasto tra l'art. 125 norme att. e l'art. 2 n. 50 l. di delega 81/1987), con la già citata sent. 88/1991. Il Giudice delle Leggi, dopo importanti e interessanti riflessioni circa i rapporti tra archiviazione e obbligatorietà dell'azione penale (cfr. infra § I.3), fugò il dubbio de quo, prendendo una posizione intermedia tra le due suestiposte: secondo la Corte, infatti, la superfluità o la necessità del dibattimento vanno pronosticate dal pubblico ministero non con riferimento ai possibili risultati dello stesso e, quindi, alla probabilità di una condanna o di un'assoluzione dell'imputato; ma invece alla utilità o non dell'accertamento stesso e, di conseguenza, all'attitudine o non del materiale probatorio a determinare un successivo rinvio a giudizio da parte del g.u.p., ex art. 429¹⁴. Tramite l'applicazione

¹⁴ Appare opportuno riportare il pensiero espresso dal Corte Costituzionale nella sent. 88/1991 relativamente ai criteri che il p.m. deve utilizzare per la verifica della fondatezza o meno di una determinata notizia di reato e la conseguente determinazione sull'esercizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione. Secondo la Corte Costituzionale: «*Ben diversa è la prospettiva nella quale si colloca l'art. 125. La regola che tale disposizione detta per il pubblico ministero consiste in una*

del criterio così delineato diveniva, quindi, possibile richiedere l'archiviazione in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova; e, specularmente, formulare l'imputazione anche quando il materiale investigativo raccolto lasciasse sì dubbi irrisolti, ma fosse presumibile che, tramite le modalità di acquisizione delle prove in dibattimento, questi stessi avrebbero potuto essere chiariti.

In tema di presupposti per la richiesta di archiviazione, interessante è anche l'analisi offerta da altra autorevole dottrina¹⁵.

Secondo il Nappi, il p.m. deve applicare la regola di giudizio contenuta nell'art. 530 c.p.p.: questa, benché riferita alla sentenza finale di assoluzione, può adattarsi facilmente anche al contesto dell'archiviazione. Infatti, se è vero che il “codice Vassalli” ha voluto più marcatamente distinguere tra indagini e dibattimento, e che di “prove” in senso stretto si può parlare solamente con riferimento a quelle formatesi davanti al giudice nel corso del giudizio dibattimentale, è altrettanto innegabile che gli elementi raccolti nelle indagini preliminari valgono come prove in quella fase e sono, pertanto, idonei a costituire la base di decisioni importanti come quella sulla richiesta dell'archiviazione. Pertanto, il p.m. potrebbe ritenere infondata la notizia di reato in tutte quelle circostanze che, secondo la regola contenuta nell'art. 530, apparissero riconducibili a formule di assoluzione¹⁶.

valutazione degli elementi acquisiti non più nella chiave dell'esito finale del processo, bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio. Il quadro acquisitivo viene, cioè, valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo».

¹⁵ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Napoli, 2007, pagg. 385 ss

¹⁶ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale* cit., pag. 389

Del resto, è necessario notare che lo stesso codice 1988 individua altre ipotesi, al ricorrere delle quali l'organo inquirente può non esercitare l'azione penale, prevedendo all'art. 411 (in armonia con le indicazioni della legge delega) altri possibili casi di archiviazione¹⁷. Si tratta, più nel dettaglio, di delle ipotesi nelle quali si registra, alternativamente:

- a) la mancanza di condizione di procedibilità;
- b) l'estinzione del reato per cui si è proceduto;
- c) l'assenza dalla legge di norme che qualificano il fatto oggetto di indagini come reato.

Inoltre, anche l'art. 415 c.p.p.¹⁸ prevede un caso di archiviazione: quello in cui siano ignoti gli autori del reato. Secondo tale disciplina, scaduto il termine di sei mesi (assegnato all'accusa per l'espletamento delle indagini preliminari), senza che sia stato possibile attribuire una verosimile paternità della notizia di reato iscritta nel registro di cui all'art. 335, il p.m. è posto di fronte a due opzioni: richiedere l'archiviazione, così iniziando il procedimento ad hoc, disciplinato dagli art. 408 e ss.; oppure, chiedere al giudice l'autorizzazione al compimento di ulteriori indagini, nel tentativo di individuare gli autori del reato perseguito. Al ricorrere di quest'ultima circostanza, il g.i.p. potrà accogliere la richiesta avanzata dall'inquirente e restituirgli gli atti del procedimento. In alternativa, potrà ordinare l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona cui (sulla scorta del materiale investigativo esaminato) consideri riferibile la fattispecie d'illecito per cui si procede.

¹⁷ *Ivi*, p. 390

¹⁸ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale* cit, p. 390

1.2.3 La particolare ipotesi di cui all'art. 405 comma 1 – bis c.p.p.

Nel trattare il tema dei presupposti per l'archiviazione non si può non fare accenno al comma 1 - bis dell'art. 405¹⁹. La disposizione, aggiunta dall'art. 3 l. 20 febbraio 2006, n. 46 (recante disposizioni in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento) ha individuato, infatti, una nuova ipotesi di archiviazione, sconosciuta alla originaria versione del codice Vassalli. Più nel dettaglio, il legislatore del 2006, tramite un raccordo della disciplina dell'archiviazione con quella del Libro IV del codice di rito relativa all'applicazione delle misure cautelari, ha previsto l'obbligo del p.m. di richiedere l'archiviazione della *notitia criminis*, quando la Corte di Cassazione, nell'ambito di un incidente cautelare, avesse dichiarato l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza previsti dall'art. 273 e, successivamente a tale pronuncia, non fossero stati acquisiti - a carico della persona sottoposta alle indagini - ulteriori elementi utili all'instaurazione del processo.

L'intento perseguito dal legislatore (rilevabile dagli atti parlamentari concernenti tale nuova fattispecie archiviativa)²⁰ andava in una duplice direzione: alleggerire il carico di lavoro dei giudici dell'udienza preliminare e del dibattimento; e garantire la persona sottoposta alle

¹⁹ Recita questa disposizione del codice «*Il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini*».

²⁰ Nella relazione al progetto di legge n. 5301 della XIV Legislatura, pubblicato in www.camera.it, si legge: «*la presente proposta di legge intende armonizzare le pronunce del giudice di legittimità con le successive – ancorché autonome – determinazioni dell'organo d'accusa introducendo una regola generale in grado di evitare epiloghi della indagine, spesso particolarmente bizzarri e staticamente attestati acriticamente su ipotesi di nessuna consistenza indiziaria*».

indagini, evitandole un processo la cui superfluità fosse già resa certa dalla pronuncia della Cassazione.

L'introduzione di questa nuova ipotesi fu, tuttavia, aspramente criticata da ampia parte della dottrina, che del comma 1 bis citato colse non solo serie difficoltà interpretative, ma, ancor di più, l'irragionevolezza di fondo. Tali censure hanno poi trovato riscontro nella sentenza costituzionale 121/2009²¹, con la quale è stato dichiarato il contrasto di detta nuova disposizione con gli artt. 3 e 112 della nostra Carta fondamentale.

In particolare, il Giudice delle leggi è giunto ad affermare che la norma introdotta dalla legge "Pecorella"

«altera la logica dell'istituto dell'archiviazione, che per "ratio" storica e per il modo in cui è disciplinato, si propone come uno strumento di controllo volto a verificare, in funzione di garanzia dell'osservanza del precetto dell'art. 112 Cost., che l'azione penale non venga indebitamente omessa [...]: laddove, per contro, nella prospettiva offerta dalla norma stessa, detto istituto assumerebbe l'opposto obiettivo di impedire che l'azione penale venga inopportunamente esercitata, anticipando, in pratica, la funzione di "filtro" che dovrebbe essere propria dell'udienza preliminare».

Con questo argomento si è dichiarato illegittimo l'art. 405 comma 1 bis, per contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale e, di conseguenza, con quello di uguaglianza stabilito dall'art. 3 Cost.²².

²¹ Il giudizio della Corte Costituzionale fu richiesto dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì, con ordinanza del 22 novembre 2007, che lamentava l'incostituzionalità del comma 1 bis dell'art. 405 c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 111, secondo comma, e 112 della Costituzione.

²² In disaccordo con il giudizio - ora riportato - della Corte Costituzionale, è l'opinione espressa da G. SANTALUCIA, nella nota alla sent. 212/ 2009 pubblicata in *Cass. Pen.* 2009 p. 3291 ss.. A giudizio dell'autore, infatti, al di là dei difetti di formulazione, l'art. 405, comma 1 bis presentava un'intrinseca ragionevolezza e ad esso andava riconosciuto il merito di aver rappresentato il «*primo tentativo di un riassetto*

I.3 L'archiviazione e l'obbligatorietà dell'azione penale

Sin dall'entrata in vigore della Costituzione (1948) sono sorti dubbi circa la congruità l'istituto in esame con il parametri dettati dalla Carta fondamentale, in particolare, con la disposizione dell'art. 112, secondo cui «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». Si è infatti sospettato che con tale canone potesse contrastare nettamente un istituto come l'archiviazione che, invece, attribuisce all'organo titolare dell'accusa la possibilità di scegliere se formulare o no l'imputazione nei confronti di un soggetto indagato. Peraltro, un simile dubbio potrebbe essere figlio di una lettura soltanto superficiale del dettato costituzionale²³.

Per tentare di conciliare le norme degli artt. 408 e ss. c.p.p. con l'art. 112 Cost., escludendo un tale profilo di incostituzionalità, è utile considerare attentamente il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Infatti, tramite l'art. 112, si è voluto introdurre uno strumento per tutelare alcuni altri valori fondamentali del nostro ordinamento²⁴. La funzione della norma de qua deve, pertanto, essere individuata mediante una lettura sistematicamente coordinata con altre disposizioni della nostra Carta fondamentale.

delle relazioni tra giudizio cautelare e giudizio di merito che tenesse conto dell'evoluzione normativa e dell'esigenza di coerenza nelle decisioni in un contesto di maggiore valorizzazione del principio della ragionevole durata dei processi».

²³ Sul punto osserva S.CELLETTI, *Principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale ed ipotesi di archiviazione della notizia di reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 351 «non può dubitarsi che obbligatorietà dell'azione penale significhi non già obbligo incondizionato di esercizio, ma, più ragionevolmente e realisticamente, obbligo di esercitarla nei limiti stabiliti dalla legge; limiti che sono dati, per la precisione, dalla non ricorrenza di quelle situazioni tipiche che impongono al pubblico ministero di richiedere l'archiviazione della notizia criminis».

²⁴ C. Cost., 12-7-1979, n. 84, in *Giur. cost.*, 1979; nonché C. CONTI, *L'archiviazione* cit. pag. 731

Appare così chiaro che, rendendo obbligatoria l'azione penale, il legislatore ha voluto rendere effettivi altri canoni basilari: l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio delle proprie funzioni, sancita dall'art. 104 Cost.; il principio di stretta legalità penale, stabilito dal secondo comma dell'art. 25 Cost.. Inoltre, in un'ottica ancora più ampia, il carattere obbligatorio dell'azione penale appare diretto a presidiare uno dei pilastri fondamentali del nostro ordinamento giuridico: l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, proclamata dall'art. 3 Cost.²⁵.

Considerato in tal modo, il principio di cui all'art. 112 risulta inteso ad evitare che il p.m., nelle determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale, sia dotato di margini di discrezionalità destinati inevitabilmente a tradursi in potenziali fattori di disuguaglianza.

Pertanto, alla luce dei rapporti con gli altri suddetti principi costituzionali, l'obbligatorietà dell'azione penale non sembra dovere essere intesa come imposizione di una diretta consequenzialità tra *notitia criminis* e formulazione dell'imputazione²⁶. Una siffatta concezione, che escluderebbe in radice ogni possibilità di valutazione circa la necessità di attivare la giurisdizione, non risulta ragionevole. Va infatti considerato che la stessa instaurazione del processo può comportare conseguenze

²⁵ Analizza in questo senso l'art. 112 Cost., R. KOSTORIS, Per un'obbligatorietà temperata dell'esercizio dell'azione penale, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 875 ss, secondo il quale: «nel nostro sistema costituzionale, il principio di obbligatorietà ha natura strumentale, perché è posto a presidio di tre valori, essi stessi di rango costituzionale: l'uguaglianza dei cittadini (che sarebbe incrinata da scelte discrezionali), la legalità (del procedere come complemento necessario della legalità sostanziale) ed, infine, l'indipendenza esterna del pubblico ministero (quale baluardo contro indebite pressioni nei confronti dell'organo dell'azione), disegnando cos' un fisiologico equilibrio di rapporti tra politica criminale, affidata al Parlamento, e attività giudiziaria».

²⁶ C. CONTI, *L'archiviazione* cit. p. 732; in senso conforme anche L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disc. att. c.p.p.) all'esame della Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 249.

sfavorevoli per il soggetto che assume la qualità di imputato; e, che, nel caso in cui l'esercizio dell'azione penale sia superfluo, questi svantaggi sarebbero ingiustificati. Risulterebbero, quindi, violati, con l'iniziativa del p.m., i principi che lo stesso art. 112 tutela²⁷.

Da questa considerazione discende che è proprio l'obbligatorietà dell'azione penale (intesa come presidio di altri valori sanciti dalla Costituzione) ad imporre quel giudizio di necessità o superfluità del processo cui è chiamato l'organo di accusa ex art. 326 c.p.p.; come pure l'esigenza di evitare l'instaurazione di processi superflui, attraverso la possibilità di archiviazione. Del resto, questo orientamento, inizialmente elaborato dalla dottrina, ha trovato accoglimento nella sentenza costituzionale 84/1979²⁸ e in successive omologhe pronunce²⁹.

Per opinione comune, poi, il sistema di bilanciamento perseguito con l'obbligo di esercitare l'azione penale è comunque garantito dalle forme di controllo che il legislatore assicura: se l'archiviazione conferisce al p.m. la possibilità di essere esonerato dall'agire, dall'altro non gli consente di determinarsi autonomamente all'inerzia; infatti, l'inquirente non procede

²⁷ In questo senso LOZZI, *L'udienza preliminare*, in *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1992

²⁸ Questa pronuncia si riferisce a un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 378, comma terzo, della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. F (Testo delle leggi sui lavori pubblici) per contrasto con gli artt. 3 e 112 della Costituzione, promosso dai Pretori di Bracciano e di Montefiascone. Nell'accogliere il ricorso dei giudici *a quibus*, la Corte Costituzionale effettua una breve analisi sull'istituto di cui all'art. 112 della nostra Carta Fondamentale, affermando che «*L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero, già reintrodotta nell'ordinamento con il d.l.l. 14 novembre 1944 n. 288 (art. 6), è stata costituzionalmente affermata 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*».

²⁹ Secondo C. Cost, 28-01-1991 n. 88, per esempio, «*Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo*».

direttamente all'archiviazione, ma effettua una richiesta in tal senso al giudice; il quale avrà il compito di vigilare sulla effettiva superfluità dell'azione, evitando elusioni dell'obbligo di esercitarla, laddove ne sia il caso.

Il dibattito sul rapporto tra obbligatorietà dell'azione penale e archiviazione non si è esaurito, però, con semplice legittimazione dell'istituto in chiave costituzionale. Alcuni autori, infatti, hanno ipotizzato la possibile esistenza di un norma - speculare a quella stabilita dalla Carta fondamentale all'art. 112 - che imponga al p.m. di non esercitare l'azione penale nei casi di infondatezza della notizia di reato³⁰. La dottrina maggioritaria, però, respinge questa concezione; adducendo che, a fronte della violazione di questo eventuale dovere di non esercizio, l'ordinamento non prevederebbe alcuna risposta. Più in particolare, si obietta che, mentre per il caso in cui il p.m. non formuli l'imputazione sussistono forme di controllo e di eventuale correzione, quanto al caso opposto non vi sarebbe alcuna forma di sanzione: la giurisdizione viene attivata e il processo si apre³¹. A questo contrasto, una soluzione stata condivisibile sembra essere offerta dal Caprioli, secondo cui un dovere di archiviare le notizie di reato

³⁰ n questo senso si esprime LOZZI, *L'udienza preliminare*, in *Riflessioni sul nuovo processo penale*, 2^a ed., Torino 1992, p. 154, secondo il quale «se l'obbligatorietà mira pure ad assicurare l'eguaglianza dei cittadini in ordine al principio di legalità [...] può fondatamente asserirsi che tale eguaglianza risulta lesa [...] anche quando, malgrado la palese infondatezza della notizia criminis, l'azione penale sia esperita facendo subire ingiustamente al cittadino tutte le conseguenze negative [...] conseguenti all'assunzione della qualità di imputato». In senso analogo, ma fino ad affermare che dall'art. 112 Cost. deriva un "diritto dell'indagato all'archiviazione", è l'opinione di C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 156.

³¹ CONTI, *L'archiviazione*, cit. p. 733

infondate può essere ritenuto sussistente soltanto se si accetta che alla sua violazione non è collegata alcuna conseguenza giuridica³².

I.4 Il procedimento di archiviazione

I.4.1 Premesse

Nel codice vigente, il procedimento di archiviazione è regolamentato dagli artt. da 408 a 410. Nella sua versione più semplice, l'archiviazione è un procedimento de plano, costituito esclusivamente dalla richiesta del p.m. e dal decreto conseguentemente emesso dal g.i.p., che, in esito alla verifica, abbia ritenuto mancanti le condizioni per l'esercizio dell'azione penale. Al verificarsi di alcune circostanze, però, il meccanismo diventa più complesso e articolato: nel caso in cui il giudice non ritenga di dover emettere il decreto, oppure qualora venga presentata opposizione alla richiesta del p.m. da parte della persona offesa dal reato, dovrà essere fissata un'apposita udienza camerale, da svolgersi nelle modalità previste dall'art. 127 c.p.p.. Alla stessa dovranno partecipare anche la persona offesa dal reato e la persona sottoposta alle indagini. All'esito dell'udienza, il giudice potrà optare tra diverse soluzioni: qualora accolga la richiesta precedentemente avanzata dal p.m., disporrà l'archiviazione tramite ordinanza; altrimenti – secondo il caso - adotterà uno dei provvedimenti alternativamente previsti dall'art. 409, ai commi 4 e 5. Questi capoversi, rispettivamente, prevedono l'ordine, rivolto all'organo dell'accusa, di svolgere ulteriori indagini e l'ordine di formulare l'imputazione nei confronti della persona già inquisita.

³² CAPRIOLI, *L'archiviazione cit.*

In ultimo, bisogna precisare che il provvedimento con cui il giudice dispone l'archiviazione (abbia la forma di decreto emesso de plano oppure quella di ordinanza conclusiva del procedimento in camera di consiglio) comporta la conclusione del procedimento relativo alla notizia di reato sulla quale si stava procedendo. Soltanto un decreto di riapertura delle indagini, emesso ai sensi dell'art. 414 c.p.p., potrà consentire al p.m. di svolgere nuova attività investigativa con riferimento al caso precedentemente archiviato.

I.4.2 La richiesta del pubblico ministero

L'atto che dà impulso al procedimento disciplinato dagli artt. 408-410 c.p.p. è la richiesta di pronunciare decreto di archiviazione; domanda che il p.m. rivolge al g.i.p. Si tratta dell'unico meccanismo tramite il quale una notizia di reato può essere archiviata, evitando di instaurare un processo: non è, infatti, previsto che l'archiviazione possa venire disposta in modo differente. Da un lato, infatti, il titolare dell'accusa non è legittimato a provvedere ex officio in tale direzione; dall'altro. l'ordinamento non consente all'organo giurisdizionale di archiviare una notizia di reato motu proprio, cioè, senza che il magistrato inquirente abbia avanzato una richiesta in tal senso³³. Secondo la Cassazione, infatti, quest'ultima soluzione porterebbe al configurarsi di un atto abnorme del giudice³⁴, nonché a violare un principio cardine del sistema accusatorio: il *ne procedat iudex ex officio*.

In quest'ottica, si spiega la necessità - avvertita dal legislatore - di operare un serrato controllo sul rispetto del principio sancito dall'art. 112

³³ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit. p. 391

³⁴ Cfr. Cass. Sez. 5^a sent. n. 40 11/1/1991 - 15/2/1991

Cost. Infatti, la possibilità di evitare l'esercizio dell'azione penale è subordinata a una "doppia valutazione conforme"³⁵; cioè, alla coincidenza tra il giudizio effettuato dal p.m. sull'infondatezza della *notitia criminis* e quello omologo del giudice sulla richiesta dell'organo di accusa.

La richiesta che avvia il procedimento di archiviazione va accompagnata da alcuni adempimenti, indicati nell'art. 408 c.p.p.. Innanzitutto, risultano stabiliti i tempi entro i quali l'istanza va presentata. Tramite un rinvio agli articoli precedenti, infatti, l'art. 408 precisa ch'essa deve essere effettuata entro il termine per il compimento delle indagini preliminari. Quest'ultima soluzione è dipesa dalla volontà del legislatore di consentire all'inquirente di giungere a una decisione il più possibile ponderata e basata sull'intero materiale investigativo raccolto. La norma deve essere, infatti, raccordata con quelle contenute negli artt. 326 e 358 c.p.p.; i quali (in attuazione della direttiva di cui all'art. 2 n. 37 l. 81/1987)³⁶ obbligano il titolare dell'accusa a compiere ogni attività necessaria (anche l'eventuale raccolta di materiale favorevole per la persona inquisita) alle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale. Da queste premesse, la Corte costituzionale, nella già citata sent. 88/1991, ha ricavato il principio di "completezza tendenziale" delle indagini preliminari³⁷; caratteristica concepita come presupposto necessario

³⁵ Così CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit.

³⁶ La prima parte della direttiva n. 37 dell'art. 2 recita: «*potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dell'accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato*».

³⁷ Più nel dettaglio, la Corte Costituzionale esprime il principio di completezza tendenziale delle indagini preliminari in questo modo: «*Viene, con ciò, stabilito, il principio di "completezza" (almeno tendenziale, come si preciserà più innanzi) delle indagini preliminari, che nella struttura del nuovo processo assolve una duplice, fondamentale funzione. La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, da un lato, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza*

affinché il p.m. possa pervenire ad una fondata determinazione sulla necessità o superfluità del processo. Ed è alla luce del medesimo principio che si spiega perché l'art. 408 abbia individuato, quale momento destinato alla richiesta di archiviazione, il termine delle indagini preliminari.

Cosa accade, però, se il magistrato non rispetta tale scadenza?

In dottrina, ci si è interrogati sulla legittimità e sulla validità di una richiesta dell'accusa di archiviazione avanzata dopo che sia già scaduto il termine di sei mesi (o quello risultante da eventuali proroghe) concesso per completare le indagini preliminari. Peraltro, l'opinione oggi maggioritaria nega che simile violazione determini una inammissibilità della richiesta. Del resto, se in tal modo si ragionasse, dovrebbe ritenersi invalido anche l'atto di esercizio dell'azione penale compiuto dopo il termine assegnato per le investigazioni. Invece, la medesima scadenza è fissata con l'intento di delimitare temporalmente il potere investigativo, ma non anche l'adempimento dell'obbligo di azione³⁸. Pertanto, l'eventuale violazione del termine previsto dall'art. 408 non preclude l'esercizio delle prerogative spettanti al p.m., né in merito all'esercizio dell'azione penale, né in relazione alla richiesta di archiviazione.

Dunque, le conseguenze derivanti dall'intempestività nell'espletamento delle indagini preliminari sono due. Anzitutto, va ricordata la facoltà del procuratore generale presso la corte d'appello di avocare le indagini con decreto motivato, ai sensi dell'art. 412 c.p.p.: in tal

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. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale».

³⁸ In tal senso GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 50

caso, sarà lo stesso magistrato a dovere esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione, entro trenta giorni dal decreto che dispone l'avocazione. Si ritiene comunque che la richiesta di pronuncia del decreto di cui all'art. 409 comma 1, avanzata dal p.m. medio tempore tra la scadenza del termine delle indagini e il decreto di avocazione, sia da ritenere valida e non preclusiva rispetto alle prerogative attribuite al procuratore generale. Quest'ultimo, infatti, perderà la possibilità di esercitare i poteri concessigli dall'art. 412 c.p.p. esclusivamente nel caso in cui il magistrato di primo grado abbia esercitato l'azione penale, oppure quando sia già intervenuto il decreto di archiviazione³⁹.

In secondo luogo, la violazione dei termini suddetti determina la non utilizzabilità del materiale probatorio raccolto dopo la scadenza fissata, secondo quanto generalmente previsto dall'art. 407, comma 3.

Inoltre, nel richiedere l'archiviazione, l'organo di accusa deve allegare alla istanza relativa tutta la documentazione necessaria perché il g.i.p. possa svolgere il controllo cui è preposto. Questo materiale è costituito da:

- a) il fascicolo contenente la notizia di reato;
- b) la documentazione delle indagini preliminari;
- c) i verbali degli atti compiuti dinanzi al g.i.p..

Infatti, poiché l'organo di controllo non può in alcun modo essere vincolato dalle motivazioni allegate dal p.m. nel domandare l'archiviazione⁴⁰, è indispensabile che il giudice, per potere giungere a

³⁹ ALFREDO GAITO, *Codice di procedura penale ipertestuale*, 2012 p.1424

⁴⁰ Cass. Sez. 5^a sent. n. 1208 del 4/5/1995 - 23/5/1995

un'autonoma determinazione (contrastante o aderente rispetto a quella dell'accusa), disponga di tutto il materiale necessario a tal fine.

1.4.3 Il potere di controllo del giudice

Come già accennato, il “codice Vassalli” scelto di continuare a subordinare la richiesta di archiviazione ad un controllo di tipo giurisdizionale. A differenza del sistema vigente fino al 1988, però, nel quale questa funzione veniva esercitata dal giudice istruttore, nel modello vigente l'organo preposto a tale verifica è diventato il giudice per le indagini preliminari. Si tratta di un organo monocratico (istituito proprio in conseguenza della nuova scansione delle fasi procedurali), al quale il legislatore ha attribuito fondamentali funzioni di garanzia nel corso delle investigazioni. Infatti, in una fase che può svolgersi, in parte, all'insaputa dell'indagato, tale giudice è chiamato a tutelare taluni diritti fondamentali dell'inquisito e ad assicurare il rispetto di certi principi costituzionali.

In particolare, nel controllo sulla richiesta di archiviazione, l'organo giurisdizionale valuta la legittimità ed il merito della domanda formulata dall'organo di accusa e, conseguentemente, il rispetto dell'art. 112 Cost.

Sebbene l'affidamento di tale sindacato a un organo giurisdizionale non sia una novità introdotta con l'attuale codice di rito, non bisogna, però, ritenere che l'accoglimento di tale sistema nel medesimo testo normativo abbia rappresentato una scelta ovvia e incontestata. Né si può affermare che, data l'obbligatorietà dell'azione penale, sia stato assolutamente indispensabile affidare il controllo sull'inazione del pubblico ministero a un organo giurisdizionale⁴¹. Infatti, posto che, con il c.p.p. 1988, si è inteso

⁴¹ In questo senso TAORMINA, *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale alle soglie del nuovo codice di procedura*, in *Giust. Pen.*, 1988, III, pag. 129

introdurre un modello accusatorio, destinato ad attuare essenzialmente un processo di parti, da svolgersi davanti a un giudice terzo e imparziale, l'attribuire all'organo giurisdizionale una funzione di controllo sull'operato di un organo adibito a funzioni d'accusa ha comportato perplessità: una maggiore aderenza ai canoni del nuovo sistema processuale sarebbe stata garantita, secondo alcuni, dal conferimento al p.m. di un potere di "cestinazione" diretta, secondo il modello, marcatamente accusatorio, del processo statunitense.

Del resto, già in sede di redazione della l. 81/1987 non mancarono alcuni tentativi di attribuire tale potere di vigilanza allo stesso ufficio del pubblico ministero⁴²; e una testimonianza ancora più preziosa della difficoltà nell'approdo alla soluzione del controllo giurisdizionale è il discorso pronunciato dal senatore Giuliano Vassalli nel corso della discussione relativa al corrispondente disegno di legge. Si affermava infatti:

«Dato il potere attribuito al pubblico ministero nelle indagini preliminari, data questa esigenza di maggiore scioltezza del procedimento e dato che, perfino in epoca recentissima, vi erano state circolari di importanti procuratori generali di Corte d'appello che, alla stregua del diritto vigente, avevano rivendicato

secondo il quale, l'intervento della giurisdizione è *«un meccanismo di controllo [...] non necessario per il rispetto dell'art. 112 Cost.»*. Ancora più netta è l'affermazione di F.R. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. Pen.* 1991, II, p. 579 ss., secondo il quale.. *«La previsione di un controllo giurisdizionale in ordine alla richiesta di archiviazione del p.m. non ha nulla a che spartire con il principio costituzionale di obbligatorio esercizio dell'azione penale»*.

Di senso diametralmente opposto è l'opinione di LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7^a ed., Torino, 2006, secondo il quale il controllo giurisdizionale è l'unico idoneo a garantire l'obbligatorietà dell'azione penale e il rispetto dei principi di legalità ed eguaglianza.

⁴² Per un'analisi ampia e particolareggiata sul tema si veda M. MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, in *GP*, 1991, III, 214

questo potere di immediata cestinazione delle denunce manifestamente infondate, ci siamo lungamente tormentati sul fatto se dovessimo mantenere il controllo del giudice istruttore o meno. Abbiamo optato per la soluzione del mantenimento di questo controllo secondo lo schema del 1944».

Peraltro, lo stesso giurista, nel passo immediatamente successivo del suo intervento, ammette che l'aver optato per l'intervento della giurisdizione nella verifica delle condizioni per l'archiviazione costituisce, in realtà, una «*deroga smaccata e patente dal sistema accusatorio, dai princìpi tipici di esso*»⁴³.

Anche successivamente all'entrata in vigore del c.p.p. 1988, in dottrina molto si è dubitato sulla medesima scelta. In particolare, alcuni giuristi hanno sostenuto che l'attribuzione all'organo giurisdizionale del potere di controllo sull'inazione del p.m. determina il rischio di una commistione fra la funzione accusatoria e la funzione giurisdizionale e, di conseguenza, si pone in forte contrasto con i principi del modello accusatorio che avrebbero dovuto caratterizzare il nuovo codice⁴⁴.

Tuttavia, lasciate da parte queste opinioni critiche, appare necessario analizzare le modalità attraverso le quali la verifica giurisdizionale viene a realizzarsi. A tal proposito, va preliminarmente chiarito che la funzione cui il giudice è chiamato consiste essenzialmente nella verifica sulle condizioni per archiviare. In particolare, egli dovrà verificare che la corrispondente richiesta, essendo stata avanzata nel rispetto delle indicazioni di legge, non costituisca un'elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale. E nell'adempiere a questa funzione, il giudice dovrà valutare il complesso del

⁴³ Intervento del sen. Vassalli in sede di discussione generale nella seduta del 19 novembre 1986, n. 519 pag. 19 pubblicato in <www.senato.it/sitostorico/home>

⁴⁴ In questo senso, A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, 1994, p. 199. Critico nei confronti del controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione è anche F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, 1996.

materiale investigativo raccolto dal pubblico ministero; né il potere dell'organo di controllo sarà circoscritto entro gli stretti limiti imposti dalla richiesta di archiviazione.

Questo principio è stato sancito dalla Corte costituzionale⁴⁵, la quale ha affermato:

«dovendosi il controllo del giudice volgere a verificare se, alla stregua del materiale raccolto nel corso delle indagini, sia conforme a legalità "l'inazione" del pubblico ministero, il sindacato non potrà che riguardare la integralità dei risultati dell'indagine, restando dunque esclusa qualsiasi possibilità di ritenere che un simile apprezzamento debba invece circoscriversi all'interno dei soli confini tracciati dalla notizia criminis delibata dal pubblico ministero. Una volta formulata la richiesta di archiviazione, quindi, il "thema decidendum" che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità della "inazione" del pubblico ministero».

Come già chiarito, non esiste alcun obbligo in capo all'organo di controllo di attenersi alle ricostruzioni, né alle motivazioni correlate alla richiesta di archiviazione, fornite dall'accusa. Ribadito questo fondamentale principio, vanno chiariti i poteri di cui dispone il G.I.P. nell'esercizio della funzione assegnatagli dall'art. 409 c.p.p..

La funzione di verifica, attribuita all'organo giurisdizionale, può esplicarsi in due diversi tipi di controllo: quello sul merito della richiesta e quello sulla legittimità della stessa.

Per quel che riguarda il primo, esso consiste nell'attività già indicata di vagliare la richiesta di archiviazione alla stregua dei parametri e delle

⁴⁵ Corte Costituzionale, sent. 478/1993

condizioni fissate dal codice. Il controllo di merito potrà condurre a un duplice risultato: se il giudice avrà reputato corretta la determinazione del p.m., lo autorizzerà lo stesso a non esercitare l'azione penale⁴⁶, emettendo il decreto di archiviazione e restituendogli gli atti. Alla stessa conclusione si potrà approdare anche nel caso in cui il giudice abbia ritenuto doveroso archiviare la notizia di reato, ma in base a valutazioni differenti da quelle effettuate dal pubblico ministero. Secondo la Suprema Corte di Cassazione⁴⁷, infatti,

«l'archiviazione disposta dal G.I.P. per motivi diversi da quelli di cui alla richiesta del P.M. [...] non determina abnormità del provvedimento, e ne esclude la impugnabilità qualora non si sia verificata alcuna violazione della norma di cui al sesto comma dell'art. 409 c.p.p.».

Nel caso in cui, invece, il giudice non abbia ravvisato gli estremi per archiviare, egli dovrà fissare l'udienza di cui all'art. 409 c.p.p..

Il controllo sulla regolarità formale della richiesta avanzata dal p.m. comporta, invece, problemi più complessi: questo tipo di valutazione non è contemplato espressamente dal codice di rito, ma è imposto dalle regole generali relative ai vizi degli atti processuali⁴⁸.

In tale controllo di legittimità, pertanto, le strade percorribili dal giudice sembrano essere soltanto quelle del decreto di archiviazione o – in alternativa - dell'udienza ex art. 409. Di conseguenza, la decisione

⁴⁶ Come precisa V. Grevi, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1990, p.1281 con l'espressione "autorizzazione a non esercitare l'azione penale" «non si vuole alludere ad una sorta di esonero (de iure condito inevitabilmente arbitrario) di quest'ultimo (il P.M. n.d.a.) rispetto all'adempimento del correlativo obbligo, in quanto ritenuto sussistente, ma si intende più propriamente sottolineare l'avvenuto accertamento, da parte del giudice, della insussistenza di tale obbligo, a causa della mancata concretizzazione dei suoi presupposti».

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. 5^a sent. n° 6131 del 13/11/1998 - 17/2/1999

⁴⁸ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 219

sull'ammissibilità della richiesta parrebbe adottata, implicitamente, con quella di merito: una valutazione positiva sulla legittimità si tradurrà in un decreto archiviativo. Invece, un esito negativo del controllo condurrebbe, necessariamente, all'abbandono della procedura de plano con l'instaurazione dell'udienza camerale.

Quest'ultima soluzione, però, è accettabile solo con riferimento a quei casi in cui sia la stessa legittimità della richiesta a determinare dubbi in capo al giudice. Ci si è chiesti, pertanto, come debba regolarsi l'organo di controllo di fronte a quelle situazioni nelle quali l'inammissibilità della richiesta di archiviazione risulti *ictu oculi*. In proposito, la dottrina ha proposto di ammettere che il giudice possa trasmettere gli atti al p.m. affinché questi formuli nuovamente e correttamente le proprie determinazioni⁴⁹. In seguito alla trasmissione degli atti, l'organo di accusa non sarà in alcun modo vincolato alla sua precedente valutazione: egli ben potrà esercitare l'azione penale in merito alla stessa notizia di reato per la quale aveva formulato la richiesta di archiviazione dichiarata inammissibile. Qualora, invece, l'inquirente ritenesse ancora di dover far archiviare la notizia di reato, l'organo di controllo sarà nuovamente chiamato a effettuare il giudizio sulle rispettive condizioni.

1.4.4 L'opposizione alla richiesta di archiviazione

Oltre a quelli precedentemente indicati, l'art. 408 c.p.p., ai commi secondo e terzo, prescrive al p.m. ulteriori obblighi nel chiedere l'archiviazione: l'organo di accusa, se non intende esercitare l'azione penale, deve di ciò dare avviso alla persona offesa dal reato che abbia

⁴⁹ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. p. 222

dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione. La funzione di questo adempimento può essere compresa facendo riferimento alle prerogative dell'offeso. Difatti, il comma terzo dell'art. 408 specifica che, in tale avviso, il p.m. deve avvertire circa la possibilità di prendere visione degli atti investigativi e di presentare opposizione all'archiviazione, tramite richiesta motivata di prosecuzione delle indagini. La stessa disciplina va collegata con l'art. 410 c.p.p, rubricato «Opposizione alla richiesta di archiviazione», che specifica le modalità tramite le quali la persona offesa può contrastare la decisione del pubblico ministero di rinunciare all'accusa.

Dal combinato disposto degli artt. 408, secondo e terzo comma, e 410 è possibile ricavare le tre prerogative che il sistema 1988 ha voluto attribuire all'offeso⁵⁰:

- a) il diritto ad essere informato in caso di richiesta di archiviazione⁵¹;
- b) il diritto di partecipare all'udienza di cui all'art. 409;
- c) il diritto di vedere gli atti del procedimento ed opporsi alla determinazione dell'accusa.

L'esercizio di quest'ultima facoltà, tuttavia, risulta subordinato a una serie di condizioni. Innanzitutto, affinché sull'organo di accusa gravi l'onere di comunicare all'offeso la determinazione all'archiviazione, si richiede

⁵⁰ ALFREDO GAITO, *Codice di procedura penale ipertestuale*, cit. p. 1425

⁵¹ A tutela del diritto della persona offesa di essere informata circa la richiesta di archiviazione, è intervenuta la Corte Costituzionale con la sent. 353/1991: secondo il Giudice delle Leggi l'offeso può impugnare - tramite ricorso in Cassazione - il decreto di archiviazione emesso *de plano* dal G.I.P., nei casi di illegittima omissione dell'avviso di cui all'art. 408, comma 2.

che la parte lesa abbia dichiarato, nel momento di presentazione della notizia di reato o anche successivamente, di voler essere informata sull'eventuale archiviazione. Per delimitare dal punto di vista temporale la possibilità di effettuare questa dichiarazione, la Cassazione ha precisato che questa può avvenire fino a quando il p.m. non abbia formulato la richiesta di autorizzazione a non agire⁵². Si rileva, infatti, che all'offeso non è stato attribuito alcun potere di sospendere un procedimento di archiviazione già avviato.

Altra condizione è stabilita dall'art. 408, comma terzo, secondo cui la persona offesa, presa visione degli atti, deve proporre opposizione nel termine di dieci giorni dalla notifica dell'avviso suddetto. Come tuttavia risulta dall'art. 126 norme att., l'eventuale inosservanza di tale scadenza non comporta la decadenza della persona offesa dallo ius opponendi: i dieci giorni hanno una funzione dilatoria, sia nei confronti del p.m. (che prima della loro decorrenza non potrà trasmettere gli atti al giudice) sia nei confronti dello stesso organo di controllo (che non potrà archiviare); mentre per la persona offesa il termine fungerà solo da stimolo. Qualora, infatti, esso non venisse rispettato, l'offeso rischierebbe di proporre opposizione a procedimento già definito⁵³. Un'eventuale opposizione presentata successivamente alla scadenza dei dieci giorni, pertanto, dovrà essere considerata ammissibile, se il procedimento non sia ancora stato definito con un provvedimento archiviativo.

Limite rigido al diritto di opposizione è, invece, quello contenuto nel primo comma dell'art. 410 c.p.p.: vi si impone alla persona offesa di chiedere, al momento dell'opposizione, la prosecuzione delle indagini

⁵² Cass., sez. un. 7 luglio 2004, Apruzzese, m. 228005

⁵³ LUCIANO PADULA, *L'archiviazione*, 2005, p. 87 ss.

preliminari e di indicare, a pena di inammissibilità, l'oggetto delle investigazioni suppletive e i relativi elementi di prova.

Sul punto, la dottrina aveva sviluppato due tesi contrapposte: secondo taluni, le indagini e gli elementi di prova da indicare nell'atto di opposizione avrebbero dovuto obbligatoriamente essere innovativi con riferimento all'oggetto, al fatto riguardato; altri reputava soddisfatto il requisito anche nel caso in cui fossero state richieste dall'offeso semplicemente ulteriori indagini, non necessariamente innovative o diverse rispetto a fatti non considerati dal p.m. nel corso delle investigazioni. Quest'ultima soluzione appare come la più corretta, non solo perché più conforme alla formulazione letterale dell'art. 410 (il quale non menziona il criterio della novità), ma anche e soprattutto perché la ratio che sottende la disposizione de qua è quella di far accogliere l'opposizione dell'offeso, nei limiti in cui dimostri la "non infondatezza" della notizia di reato e, di conseguenza, la necessità di esercitare l'azione penale. E, a tal fine, non appare indispensabile indirizzare l'attività inquirente su fatti nuovi, potendosi evidenziare che il processo è necessario anche tramite la richiesta di approfondimento circa i fatti su cui già si è indagato, mediante il suggerimento di interpretazioni differenti degli stessi fatti o, ancora, per mere questioni di diritto⁵⁴. Lo stesso orientamento dottrinario, inoltre, appare confermato dalla giurisprudenza della Cassazione⁵⁵ e della Corte costituzionale.

In particolare, nella sent. 95/1997⁵⁶, il Giudice delle leggi ha affermato:

⁵⁴ LUCIANO PADULA, *L'archiviazione*, 2005, p. 87 ss.

⁵⁵ Si vedano in tal senso Cass., sez. VI, 14 gennaio 2003, D'Angiolella n.22524, nonché Cass., sez. VI, 22 marzo 2000, Galoppo, n. 217416.

⁵⁶ La Corte Costituzionale era stata adita dal giudice per le indagini preliminari

«una opposizione che non contenga l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova non preclude quindi al giudice che non ravvisi, ad un primo esame, l'infondatezza della notizia di reato, di fissare l'udienza in camera di consiglio a norma dell'art. 409, comma 2, c.p.p.» e inoltre che «L'opposizione motivata dalla incompletezza delle indagini del pubblico ministero non è peraltro l'unico strumento per contrastare la richiesta di archiviazione: nelle situazioni in cui le indagini siano state esaurientemente espletate, ovvero il titolo del reato o le concrete modalità di realizzazione del fatto rendano non necessaria alcuna indagine, la persona offesa può egualmente presentare atto di opposizione, indicando motivi volti a dimostrare la non infondatezza della notizia di reato».

L'eventuale accettazione, da parte del giudice, dell'opposizione alla archiviazione comporta l'abbandono del procedimento de plano e la fissazione dell'udienza di cui all'art. 409; di cui l'avviso andrà notificato anche alla persona offesa. Però, nel caso in cui l'organo di controllo rilevi cause di inammissibilità dell'opposizione (mancanza delle indicazioni ex art. 410; tardività dell'atto; difetto di legittimazione del proponente), il giudice potrà emettere direttamente un decreto di archiviazione. Tale possibilità è, tuttavia, concessa all'organo di controllo soltanto nel caso in cui, come il p.m., ritenga infondata la *notitia criminis*. Invece, si dovrà tenere l'udienza prevista dall'art. 409, nel caso in cui il g.i.p., rilevata la

presso il tribunale di Venezia che paventava un'ipotesi di incostituzionalità dell'art. 410, comma 1 c.p.p. per contrasto con gli 76 Cost.. Secondo la tesi espressa dal giudice *a quo*, infatti, la norma in esame, nel prevedere, a carico della persona offesa dal reato in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione, l'obbligo di indicare l'oggetto delle nuove indagini e i relativi elementi di prova, violerebbe la direttiva n. 51 dell'art. 2 della l. delega n. 81/1987 che prevedeva, più semplicemente, la «*facoltà [...] di formulare al giudice istanza motivata di fissazione dell'udienza preliminare (l'udienza di cui all'art. 409 c.p.p. n.d.a.)*». La Corte ha dichiarato non fondata la questione suggerendo una lettura combinata dei commi 1 e 2 dell'art. 410 tramite la quale è possibile notare che «*la pronuncia immediata del decreto di archiviazione è subordinata alla duplice condizione che l'opposizione sia inammissibile e che la notizia di reato sia infondata.*» e che pertanto è offerta alla persona offesa «*la medesima forma di tutela prescritta dalla direttiva numero 51 della legge-delega*».

inammissibilità dell'opposizione, ritenga però di non accogliere la richiesta di archiviazione avanzata dall'accusa.

1.4.5 L'udienza camerale

Il procedimento de plano non può essere seguito al ricorrere di alcune circostanze, nelle quali occorre invece far luogo all'udienza disciplinata dai commi 2 e ss. dell'art. 409 c.p.p.

Le ipotesi che determinano quest'ultima soluzione sono due. Anzitutto può essere che il giudice, non avendo ritenuto di dover emanare *ictu oculi* un decreto archiviativo, reputi necessario raccogliere ulteriori elementi per definire la questione. Tali dati allora egli potrà ottenere tramite una "consultazione" delle parti interessate nel corso dell'udienza de qua. Il secondo caso, invece, si verifica allorché l'offeso presenti l'opposizione di cui all'art. 410 c.p.p.

Al ricorrere di una di queste circostanze, il giudice sarà tenuto a fissare un'udienza da svolgersi nelle forme previste dall'art. 127 c.p.p. Di questa dovrà essere dato avviso al p.m., alla persona offesa dal reato e alla persona sottoposta alle indagini. Benché l'art. 409 non lo preveda espressamente, anche il difensore dell'inquisito ha diritto all'avviso, per poter partecipare all'udienza. Sul punto, infatti, è intervenuta la Corte costituzionale⁵⁷; la quale, basandosi sull'art. 99 c.p.p. (che estende al difensore le facoltà e i diritti che la legge garantisce all'imputato) ha affermato:

«il difensore dell'indagato è ricompreso nel novero dei destinatari dell'avviso dell'udienza in camera di consiglio fissata dal G.I.P.»⁵⁸.

⁵⁷ Sent. 418/1993

⁵⁸ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 66

Scopo differente ha, poi, la comunicazione che, per il comma terzo dell'art. 409, il giudice deve dare al procuratore generale presso la corte d'appello: se, infatti, gli avvisi di cui all'art. 409 comma 2 sono volti a consentire ai soggetti ivi indicati di prendere parte all'udienza de qua, la comunicazione al procuratore generale consente allo stesso di esercitare il potere di avocazione di cui all'art. 412 c.p.p., nel caso in cui accerti un'inerzia non giustificata da parte del p.m. "di grado inferiore"⁵⁹.

La notifica dell'avviso di udienza dovrà essere effettuata a beneficio degli interessati non oltre dieci giorni prima della data stabilita dal giudice. È inoltre previsto che, fino a cinque giorni antecedenti l'udienza, le parti possono presentare memorie in cancelleria. Il p.m. e i difensori, poi, se compaiono in udienza, hanno il diritto di essere ascoltati dal giudice.

Il provvedimento con cui culmina questo particolare sub-procedimento, a prescindere da quelle che di quest'ultimo siano state le modalità introduttive, assume sempre la forma di ordinanza; la quale può avere tre diversi contenuti:

- a) l'indicazione di ulteriori indagini, che il p.m. dovrà svolgere nel termine assegnatogli dal g.i.p.;
- b) l'ordine di formulare l'imputazione, da emettersi quando l'organo di controllo ritiene che emergano *ex actis* elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio;
- c) l'archiviazione, secondo quanto precedentemente richiesto dal p.m..

⁵⁹ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 67

Tra questi provvedimenti, soltanto l'ultimo sarà idoneo a concludere il procedimento senza ulteriori passaggi processuali⁶⁰. L'unica circostanza che potrebbe invalidare l'ordinanza di cui all'art. 409, comma sesto è l'eventuale suo annullamento da parte della Cassazione, per i motivi indicati all'art. 127, quinto comma, c.p.p. Tuttavia, l'eventuale annullamento non comporta una restitutio in integrum del pubblico ministero⁶¹ nelle sue prerogative: questi non potrà esercitare l'azione penale, ritirando la richiesta di archiviazione precedentemente effettuata. Con l'annullamento dell'ordinanza di archiviazione, infatti, gli atti tornano direttamente al g.i.p., affinché provveda a fissare una nuova udienza camerale.

Più complessi si presentano, invece, i provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 409. Per essi il codice non prevede alcuna oppugnabilità; occorre poi evidenziare alcune problematiche relative a questi due istituti che, tra loro, presentano un elemento comune: l'interferenza del giudice nell'attività del p. m. Con riferimento sia all'ordine di nuove indagini sia all'imputazione coatta, infatti, si è posto il problema della legittimità di un provvedimento emesso dall'organo di controllo che mira a sollecitare, indirizzare e obbligare l'attività del p.m.; in particolare, la questione della compatibilità d'una soluzione del genere con il sistema accusatorio accolto dal c.p.p. 1988, imperniato sul *ne procedat iudex ex officio*.

Rinviata ai capitoli successivi la trattazione dell'imputazione coatta (oggetto del presente elaborato), bisogna qui considerare il provvedimento indicato al comma quarto dell'art. 409.

⁶⁰ GAITO, *Codice di procedura penale ipertestuale*, cit. p. 1434

⁶¹ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 68

L'ordine di effettuare nuove indagini è pronunciato nel caso in cui il giudice ritenga necessario che l'accusa raccolga ulteriori elementi, così da permettere di valutare adeguatamente le condizioni per l'archiviazione⁶². L'istituto pone, in particolar modo, due interrogativi: quale debba essere l'estensione dell'ordinanza del g.i.p.; in che misura essa sia vincolante per il p. m.⁶³.

Quanto al primo punto, poiché la legge parla genericamente di "indicazione di nuove indagini", non è semplice individuare, in astratto, il grado di specificità che il provvedimento in questione deve avere. Si ritiene, tuttavia, che lo stesso debba necessariamente contenere alcuni riferimenti alla durata e, soprattutto, all'oggetto sul quale le indagini coatte dovranno focalizzarsi; ma che, tuttavia, il p.m. conservi la possibilità di estendere il campo di investigazione anche ad elementi ulteriori rispetto a quelli indicati nell'ordinanza⁶⁴. D'altra parte, poiché - come è stato osservato⁶⁵ - il provvedimento che dispone ulteriori investigazioni ha come effetto processuale la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, sarebbe assurdo ritenere che nello svolgimento della nuova

⁶² Secondo A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, in *Cass. Pen.*, 1998, pag. 2741, la funzione delle cd. "indagini coatte" consiste nel «garantire la completezza delle indagini e così pervenire ad una delibazione «effettiva» circa la legittimità della richiesta formulata dal p.m.».

⁶³ GAITO, *Codice di procedura penale ipertestuale*, cit. p. 1435

⁶⁴ In questo senso si veda *ex plurimis*, C. Cost., ord. 6 giugno 1991, n. 253 secondo la quale «se, da un lato, il pubblico ministero ha l'obbligo di compiere le indagini indicate dal giudice a norma dell'art. 409, quarto comma, c.p.p., tale obbligo non è avulso né autonomo rispetto a quello di compiere "ogni attività necessaria" per assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 358 in relazione all'art. 326 c.p.p.), di talché l'indicazione del giudice opera come devoluzione di un tema di indagine che il pubblico ministero è chiamato a sviluppare in piena autonomia e libertà di scelta circa la natura, il contenuto e le modalità di assunzione dei singoli atti che ritenga necessari ai fini suddetti».

⁶⁵ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. p. 304

attività pre - istruttoria l'organo di accusa soffra le limitazioni determinate dal giudice, relativamente all'oggetto della ricerca od alle conseguenti opzioni. Il magistrato ben potrà estendere l'orizzonte delle investigazioni e, al tempo stesso, godrà della massima autonomia in merito alle determinazioni conclusive: alla scelta, cioè, tra una nuova richiesta di archiviazione e l'esercizio dell'azione penale. Se si sostenesse il contrario, infatti, si ammetterebbe una deroga al *ne procedat iudex ex officio*⁶⁶ e la conseguente elusione delle garanzie proprie del modello accusatorio.

A risultare fondamentale, in realtà, è che il p.m. non giunga a nuove conclusioni senza che abbia svolto le indagini impostegli dal giudice: se da un lato l'accusa può liberamente ampliare il campo delle proprie investigazioni, dall'altro non sembra abbia poteri discrezionali circa l'adempimento stesso all'obbligo individuato nell'ordinanza di cui all'art. 409, comma quarto. Si potrebbe, quindi, affermare che il p.m. è libero di agire con riferimento al quomodo, ma non è in alcun modo autonomo per quel che concerne l'andamento dello svolgimento delle indagini coatte. Se l'accusa, pertanto, omettesse di procedere secondo quanto disposto dal giudice, si verificherebbe un'ipotesi di inerzia che si tradurrebbe, inevitabilmente, in una violazione dell'obbligo costituzionale di esercitare l'azione penale⁶⁷, tale da legittimare l'avocazione delle indagini ex art. 412 c.p.p. da parte del procuratore generale. Avocazione che - in tal caso - non sarebbe, secondo parte della dottrina⁶⁸, discrezionale, bensì obbligatoria, non potendo il procuratore generale che rilevi ex actis un'inerzia dell'inquirente non procedere nel senso dell'art. 412.

⁶⁶ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. p. 305

⁶⁷ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. p. 308

⁶⁸ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 78

I.5 Il provvedimento di archiviazione

A tal punto, è necessario vedere le conseguenze giuridiche che si producono dopo l'emanazione di un provvedimento archiviativo. Questo assume la forma di decreto, nel caso in cui l'organo di controllo decida di accogliere prima facie la richiesta d'inazione, oppure di ordinanza nei casi in cui si sia proceduto all'udienza camerale. Di conseguenza, con riferimento all'impugnabilità della misura, il codice prevede un diverso regime: l'ordinanza di cui all'art. 409, comma sesto, è soggetta a ricorso in Cassazione, sia pur per i soli motivi indicati all'art. 127, comma 5, relativi alla corretta instaurazione del contraddittorio nell'udienza camerale; quanto al decreto archiviativo, il codice non contempla alcuna possibilità di impugnazione. Se ne deduce – dato il principio di tassatività previsto al comma primo dell'art. 568 c.p.p. - che il legislatore non ha inteso permettere di contestare il decreto con cui il giudice dispone de plano l'archiviazione. Questa soluzione si spiegherebbe⁶⁹ con la considerazione secondo la quale non vi sarebbero soggetti interessati ad impugnare il provvedimento.

Questa motivazione, tuttavia, può condividersi solo per quanto concerne il p.m., che, con la decisione del giudice, ha ottenuto l'accoglimento della richiesta avanzata. Discorso diverso può essere fatto, invece, per il soggetto sottoposto alle indagini e per la persona offesa dal reato.

Se, generalmente, il primo è colui che più di tutti beneficia dell'archiviazione, non si può negare che, in alcuni casi particolari, lo stesso possa essere interessato a ottenere una formula archiviativa più

⁶⁹ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 56

favorevole⁷⁰ e per questo a impugnare il decreto archiviatorio; il secondo, invece, potrebbe essere interessato alla contestazione del provvedimento di cui al comma primo dell'art. 409, nei casi in cui ritenesse leso il proprio diritto a opporsi alla richiesta di archiviazione, avendo il p.m. omesso l'avviso di cui all'art. 408, comma secondo.

Per ovviare a questi problemi, parte della dottrina⁷¹, confortata da una sentenza costituzionale⁷², estende (a beneficio sia dell'indagato sia della persona offesa) il regime di impugnabilità previsto per l'ordinanza di archiviazione all'omologo decreto, in tutti i casi in cui questo si sostituisca indebitamente all'ordinanza ex art. 409, comma sesto.

Bisogna ora chiedersi quali effetti giuridici l'archiviazione produca. La questione appare strettamente collegata all'ampio dibattito, che agita dottrina e giurisprudenza, relativo all'individuazione dei poteri esercitabili dal pubblico ministero in merito a una notizia di reato già precedentemente archiviata. In particolare, ci si è chiesti se ed entro quali limiti l'organo di accusa possa tornare a svolgere attività investigativa; e, ancora, se egli possa esercitare l'azione penale sulla stessa *notitia criminis* per la quale aveva precedentemente ottenuto l'archiviazione.

L'unico istituto relativo all'attività possibile successivamente all'archiviazione è la "riapertura delle indagini" (art. 414 c.p.p.); in base al cui regime, il p.m., dopo aver richiesto e ottenuto un'autorizzazione a detta riapertura, potrà svolgere nuove investigazioni nei confronti del medesimo soggetto per il medesimo fatto "archiviato", previa nuova iscrizione nel

⁷⁰ SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. p. 203

⁷¹ In questo senso GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 60; GAITO *Codice di procedura penale ipertestuale*, cit. p. 1434

⁷² Corte Cost. sent. 353/1991

registro di cui all'art. 335. All'esito delle indagini, l'organo di accusa potrà esercitare l'azione penale.

Ma cosa accade se l'attività investigativa viene svolta senza che sia intervenuto il decreto di cui all'art. 414?

Quanto a tal caso, parte della dottrina⁷³ ritiene che il materiale raccolto senza la preventiva autorizzazione non possa essere utilizzato; mentre intatto resterebbe il potere di esercitare l'azione penale. Secondo quest'ottica, perciò, un processo eventualmente instaurato in seguito ad attività investigativa si celebrerebbe secondo il normale iter procedimentale.

In diversa direzione si è, però, orientata la giurisprudenza costituzionale⁷⁴: si è, infatti, ritenuto che la mancanza di un provvedimento di riapertura delle indagini non solo rende inutilizzabile il materiale raccolto dopo il provvedimento di archiviazione, ma preclude al p.m. la possibilità di esercitare l'azione penale con riferimento allo «stesso fatto-reato, oggettivamente e soggettivamente considerato». Tale orientamento conduce, pertanto, a una duplice conseguenza: da un lato, l'esercizio dell'azione penale relativa a una notizia di reato già archiviata è subordinato alla riapertura delle indagini e, di conseguenza, al sopravvenire

⁷³ CONSO - GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit.

⁷⁴ Nella sent. 27 del 19 gennaio 1995, la Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 522 c.p.p. in relazione all'art. 414 dello stesso codice per contrasto con l'art. 24, comma 2 della Costituzione ha affermato il principio secondo il quale poiché «*deve ritenersi precluso l'esercizio dell'azione penale, in quanto riguardante il medesimo fatto già oggetto di un provvedimento di archiviazione, in carenza di autorizzazione del giudice a riaprire le indagini, è la instaurabilità di un nuovo procedimento e, quindi, la "procedibilità" a essere impedita; sicché se il presupposto del procedere manca, il giudice non può che prenderne atto, dichiarando con sentenza, appunto, che "l'azione penale non doveva essere iniziata"»*».

dell'esigenza di nuove investigazioni; dall'altro, si conferisce un carattere preclusivo al provvedimento di archiviazione.

Benché il ragionamento seguito non sia pacificamente accolto in dottrina, va sicuramente notato che esso risulta coerente con il sistema codicistico di garanzie della persona sottoposta alle indagini; e che, inoltre, la soluzione accolta è stata in grado di rispondere agli interrogativi postisi sugli effetti del provvedimento di archiviazione.

CAPITOLO II

L'imputazione coatta

SOMMARIO: II.1 L'istituto – II.2 Profili costituzionali – II.2.1 Premessa – II.2.2 L'imputazione coatta e l'obbligatorietà dell'azione penale – II.2.3 Il ritenuto contrasto con l'art. 76 Cost. – II.2.4 Altri dubbi di costituzionalità – II.3 Questioni applicative – II.3.1 Premesse – II.3.2 Chi procede all'imputazione? – II.3.3 L'avviso di conclusione indagini nei casi di imputazione coatta – II.3.4 L'imputazione coatta e la richiesta di rinvio a giudizio – II.3.5 L'ottemperanza del p.m. all'ordine del g.i.p. – II.3.6 Imputazione coatta e imparzialità del giudice

II.1 L'istituto

Come già spiegato nel capitolo precedente, il “codice Vassalli” ha apportato modifiche di profondo rilievo alla disciplina del procedimento penale che non hanno lasciato immutato il quadro riguardante l'esercizio dell'azione penale e i controlli esercitabili sullo stesso. Più in particolare, l'intento perseguito dal legislatore del 1988 di avvicinare il nostro sistema processuale al modello accusatorio anglosassone ha imposto la predisposizione di nuovi strumenti di vigilanza sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, tali da adattarsi meglio al nuovo processo.

Proprio da questa esigenza che nasce l'istituto che sarà analizzato nelle pagine seguenti: la c.d. imputazione coatta. Si tratta – più dettagliatamente – di quell'epilogo dell'udienza camerale di cui all'art. 409 co. 5 c.p.p., che si può avere nel caso in cui l'organo di controllo riscontri *ex actis* la necessità di procedere all'esercizio dell'azione penale.

Prima di considerare i numerosi e non semplici problemi che dottrina e giurisprudenza hanno dovuto affrontare in relazione a questo particolare provvedimento del giudice per le indagini preliminari, è necessario

esaminare in maniera più precisa il dettato codicistico relativo all'istituto in esame. A tal fine appare utile, innanzitutto, richiamare il testo dell'art. 409, comma 5, il quale recita:

«Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419».

In secondo luogo, va ricordato che la disposizione appena riportata deve essere collegata con l'art. 128 delle norme att., secondo il quale:

«Nel caso previsto dall'articolo 409 comma 5 del codice, il giudice fa notificare all'imputato e alla persona offesa dal reato il decreto di fissazione della udienza preliminare, nel quale sono enunciati gli elementi previsti all'articolo 417 comma 1 lettere a), b), c) del codice»

Come si evince dalla lettura di queste due disposizioni, l'imputazione coatta è, dopo l'ordinanza di archiviazione e la richiesta di compiere ulteriori indagini, l'ultima specie di provvedimento adottabile dal g.i.p. in esito all'udienza camerale dell'art. 409 c.p.p.. Presupposto necessario per adottarlo, quindi, è il radicale dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero. Appare quindi chiaro che si tratta, più nel dettaglio, di una decisione cui l'organo di controllo potrà approdare come *extrema ratio*, cioè nel caso in cui ritenga - da un lato - insussistenti i presupposti per l'archiviazione della notizia di reato, e - dall'altro - superfluo lo svolgimento di ulteriori indagini da parte del p.m.. In altre parole, l'imputazione coatta è un ordine che il g.i.p. rivolge al pubblico ministero quando, in base alle risultanze degli atti di

indagine compiuti e sottoposti al vaglio dell'organo di controllo, risultino già presenti elementi sufficienti all'esercizio dell'azione penale.

Tra tutti quelli indicati nell'art. 409, il provvedimento che impone la formulazione dell'imputazione è sicuramente quello più drastico⁷⁵. Difatti – anzitutto - esso dà vita ad un meccanismo particolarmente complesso e articolato; e, per di più, determina un'intromissione piuttosto ampia del g.i.p. nella sfera di competenza del p.m..

Pertanto, se si considera che tale strumento è nato da una riforma del processo penale che doveva introdurre nel nostro ordinamento il sistema accusatorio, che postula proprio la netta distinzione tra le funzioni dell'organo di accusa e quelle dell'organo giurisdizionale, ben si comprendono le ragioni dello sfavore e dello “scetticismo” con cui l'istituto è stato accolto in dottrina. A ben guardare, tuttavia, è stata proprio l'esigenza di armonizzare il nuovo processo tendenzialmente accusatorio con il nostro ordinamento costituzionale che ha spinto il legislatore ad adottare questa soluzione⁷⁶. La quale, infatti, altro non è che un compromesso tra due necessità contrapposte: è vero, infatti, che con il codice del 1988 doveva essere scongiurata qualsiasi forma di commistione tra le funzioni inquirenti e quelle giurisdizionali, ma è altrettanto vero che, vigendo nel nostro ordinamento il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, il legislatore delegato non poteva non prevedere dei

⁷⁵ Secondo SAMMARCO, *La richiesta*, cit., nel caso in cui il g.i.p. proceda all'emanazione dell'ordinanza di cui all'art. 409, comma 5, «*la sovrapposizione tra funzione giurisdizionale e funzione accusatoria raggiunge il massimo grado*».

⁷⁶ Secondo G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Cedam, 1990, p. 279, al fine di operare una valutazione ponderata dell'imputazione coatta è indispensabile considerare il fatto che il «*sistema accusatorio deve comunque armonizzarsi con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale e con le conseguenti esigenze di un effettivo controllo di legalità sull'esercizio dell'azione*».

controlli per il rispetto dello stesso. È proprio per contemperare queste due esigenze che si è approdati alla previsione dell'imputazione coatta⁷⁷.

Ben avrebbe potuto il legislatore adottare una soluzione più estrema preferendo soddisfare una sola delle due necessità a discapito dell'altra. Infatti, da un lato, sarebbe stato possibile attribuire le determinazioni circa le condizioni del processo in via esclusiva al pubblico ministero, reintroducendo un controllo gerarchico sulla richiesta di archiviazione; sistema – quest'ultimo - che meglio si conforma ai canoni accusatori e che scongiura in radice ogni forma di possibile contrasto con il principio del *ne procedat iudex ex officio*; dall'altro lato, invece, il legislatore avrebbe potuto attribuire al g.i.p. il potere di disporre direttamente l'apertura del processo.

È ovvio, tuttavia, che ciascuna di queste scelte avrebbe comportato – alternativamente – il sacrificio di una delle necessità avvertite al momento della riforma: la prima soluzione, infatti, mentre avrebbe garantito una maggiore aderenza della nuova disciplina al modello accusatorio che si intendeva realizzare, avrebbe anche però esposto al pericolo di rendere più facilmente eludibile il principio dell'art. 112 Cost. da parte del p.m.; la seconda, invece, avrebbe assicurato sì un presidio saldo all'obbligatorietà dell'azione penale, ma altresì comportato un'intromissione troppo ampia della giurisdizione nella sfera di competenze dell'accusa. Il “codice Vassalli” ha, pertanto, operato una scelta intermedia.

Il prezzo pagato, tuttavia, è stato quello di una dimezzata realizzazione del sistema accusatorio che la riforma del 1988 intendeva

⁷⁷ A tal proposito TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, afferma: «con la normativa sulla “imputazione coatta” il codice ha contemperato due principi, che potrebbero venire in collisione tra di loro: il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e quello della separazione tra le funzioni di accusa e giudizio».

attuare⁷⁸. La soluzione adottata è particolarmente indicativa del il timore suesposto di riprodurre nel nuovo codice di rito figure, come quella del giudice istruttore, che apparivano adattarsi meglio al processo inquisitorio delineato dal codice del 1930 e allo stesso tempo quello di attribuire al solo pubblico ministero la determinazione sull'esercizio dell'azione penale. Un dato, questo, che trova conferma nelle stesse parole di uno dei compilatori del "codice Vassalli": Vittorio Grevi⁷⁹. In un seminario svoltosi all'Università di Torino, appena un anno dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, infatti, il giurista spiega le cause della soppressione del giudice istruttore e delle soluzioni adottate dalla nuova disciplina affermando:

«Vi è, anzitutto, una ragione di purezza strutturale. Il giudice istruttore delineato dal codice del 1930 - sulla falsariga, come è noto, del modello francese - era un organo che assommava a sé poteri tipici di funzioni ontologicamente diverse. Attraverso la sua soppressione si è voluto evitare la perdurante presenza, nel sistema processuale penale, di un organo che fosse nello stesso tempo giudice ed investigatore; e, per converso, si è voluto evitare l'effetto riflesso rappresentato dalla coesistenza, in capo al pubblico ministero, dei poteri tradizionali dell'organo accusatore insieme ad altri riconducibili, per loro natura, alla sfera giurisdizionale. [...] Più precisamente, si è voluta una diversa distribuzione dei poteri che, nel loro intreccio, definivano la figura del giudice istruttore, perché si è ritenuto che l'aggregazione di tutti quei poteri in capo allo

⁷⁸ Si rimanda alle parole utilizzate in proposito dal Senatore Vassalli, riportate alla nota 10 (Cap. I § 2.1). Nel senso di una difformità della disciplina prevista dal codice del 1988 rispetto al modello accusatorio puro di processo penale si esprime anche A. GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità degli artt. 409, quarto e quinto comma, e 554, secondo comma, c.p.p., come modificato dalla sentenza n. 445/1990 della Corte Costituzionale*, in ANPP, 1992, p. 311 e ss., secondo il quale: «L'affidare il potere di controllo ad un giudice "terzo" su una delle parti processuali ha già costituito uno strappo al principio accusatorio al quale si ispirerebbe il nuovo processo».

⁷⁹ Vittorio Grevi è stato professore nell'Università di Pavia e componente della Commissione per la redazione del nuovo codice di procedura penale e della Commissione per l'integrazione e la correzione delle relative norme.

stesso organo giurisdizionale non fosse compatibile con la posizione di terzietà che un giudice deve avere in un "processo di parti"»⁸⁰.

È sicuramente vero che con la previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 409 c.p.p., il legislatore delegato è riuscito a mantenere nel nuovo codice di rito il controllo giurisdizionale senza, al tempo stesso, contravvenire al principio del *ne procedat iudex ex officio*; ma il risultato di tale operazione è stata la proposizione di un meccanismo complesso e farraginoso, non privo di un certo bizantinismo⁸¹ legislativo, che proprio per la sua ambiguità ha necessitato di interventi chiarificatori di giurisprudenza e dottrina; l'interpretazione – infatti – sin dall'entrata in vigore del "codice Vassalli", ha tentato di delineare in maniera più precisa i caratteri dell'imputazione coatta.

I problemi che l'istituto ha posto e le soluzioni che ad essi sono state offerte necessitano di essere dettagliatamente sviluppati: per una maggiore chiarezza espositiva, appare opportuno affrontare preliminarmente le questioni di inquadramento costituzionale che la disposizione dell'art. 409, comma 5 ha determinato e, in un secondo momento, le corrispondenti difficoltà applicative.

II.2 Profili costituzionali

II.2.1 Premessa

⁸⁰ La citazione è contenuta in V. GREVI, *Equivoci da chiarire sulla funzione del giudice e del pubblico ministero nella fase preliminare*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, a cura di MARIO CHIAVARIO, Torino, Giuffrè, 1990, p. 206.

⁸¹ L'espressione è di GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 80

L'attribuzione al g.i.p. del potere di ordinare al pubblico ministero la formulazione dell'imputazione non è andata esente da censure che miravano a evidenziare un contrasto della normativa in esame con alcune disposizioni della nostra Carta fondamentale. Non pochi dubbi, infatti, sono stati avanzati tanto in dottrina quanto in giurisprudenza sulla conformità dell'art. 409 comma 5 c.p.p. alla Costituzione. Essi, tuttavia, non hanno trovato riscontro nelle rispettive soluzioni indicate da Giudice delle leggi.

II.2.2 L'imputazione coatta e l'obbligatorietà dell'azione penale

Ciò che in primo luogo alcuni giuristi hanno intravisto nella norma che consente al g.i.p. di disporre l'imputazione coatta è una lesione del principio di obbligatorietà dell'azione penale; canone che, invece, proprio con la previsione di un controllo sulla richiesta di archiviazione, si cerca di tutelare. Considerazione ardua, che deriva da un'interpretazione marcatamente formalistica del dettato dell'art. 112 Cost.: secondo tale orientamento⁸², infatti, poiché questa norma stabilisce che è il pubblico ministero a dover esercitare l'azione penale, essa sarebbe violata nel caso in cui fosse un soggetto diverso (nel caso di specie il g.i.p.) a dare impulso al promovimento dell'azione. In altre parole, con l'emanazione di un'ordinanza che dispone l'imputazione, sarebbe l'organo di controllo a

⁸² Propendono per un contrasto dell'art. 409, comma 5 con l'art. 112 Cost. N. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo Codice di procedura penale*, Jovene, Napoli, 1989; A. DIDDÌ, *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e problemi di costituzionalità*, in *GP*, 1991, III, p. 237 ss; M. MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, cit.; ; A. SAMMARCO, *La richiesta*, cit.; G. SPANGHER, *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, in AA.VV., *Le riforme complementari: il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, Padova, 1991C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 590 ss.

esercitare sostanzialmente l'azione penale⁸³, avendo l'intervento del p.m. un valore meramente formale.

Benché si tratti di un'opinione minoritaria in dottrina, è comunque necessario chiarire le motivazioni per le quali un tale assunto non può essere accolto. A questo scopo, è sufficiente chiarire che la tesi appena riportata non si allinea alle interpretazioni dell'art. 112 offerte dalla Corte Costituzionale. Infatti, già sotto il vigore del "codice Rocco" (e quindi un sistema nel quale il giudice istruttore dissenziente dal proposito archiviativo del p.m. poteva autonomamente disporre l'istruttoria formale e avviare il processo), il Giudice delle Leggi⁸⁴ chiarì che l'art. 112 Cost. non esclude che il potere di esercizio dell'azione penale possa essere conferito a soggetti diversi dal pubblico ministero. Secondo la Corte, infatti:

«la ratio della norma esclude soltanto che al pubblico ministero possa essere sottratta la titolarità dell'azione penale in ordine a determinati reati, nel senso che l'ordinamento può conferire la titolarità dell'azione penale anche a soggetti diversi dal pubblico ministero a condizione che non si venga con ciò a vanificare l'obbligo del pubblico ministero medesimo di esercitarla (salvo che nelle ipotesi costituzionalmente previste)».

Per realizzare un quadro più completo sul rapporto intercorrente tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e l'ordine di formulare l'imputazione è, tuttavia, utile richiamare anche altre pronunce costituzionali più recenti tendenti a far chiarezza sul tema. In primo luogo, si può fare riferimento alla già citata sentenza 88/1991 che, nel dare la corretta impostazione dell'art.112 Cost. (cfr. Cap I, § 3, nota n. 29) ha definito incidentalmente l'obbligo di formulare l'imputazione come un

⁸³ Afferma SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 311: «Qui è il giudice che agisce, è il giudice che diventa accusatore».

⁸⁴ Corte Cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84

«*incisivo strumento di garanzia del rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale*».

Ancora più interessante è il giudizio di legittimità costituzionale conclusosi nella sentenza 263/1991. In questo procedimento, infatti, il giudice *a quo* lamentava una violazione dell'obbligatorietà dell'azione penale attraverso l'istituto dell'imputazione coatta (seppur con riferimento a quella indicata dell'art. 554, secondo comma relativamente all'allora previsto procedimento pretorile), ma da una prospettiva opposta rispetto a quella sino a quel momento considerata: nel rimettere la questione alla Corte Costituzionale, infatti, il g.i.p. sosteneva che la violazione dell'art. 112 Cost. andava riscontrata non nella sottrazione del potere di agire al p.m., bensì nell'incapacità del sistema denunciato di garantire un controllo efficace sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Nella prospettiva indicata dal giudice *a quo*, infatti, l'imputazione coatta appariva un rimedio blando, inadeguato a scongiurare ipotesi di ingiustificata inerzia del p.m. di fronte a una notizia di reato. E ciò in quanto l'ordine di formulare l'imputazione non avrebbe comportato una prevalenza della funzione dell'organo controllante su quella dell'organo controllato. Anche in presenza di un provvedimento del g.i.p. che avesse imposto l'esercizio dell'azione penale, il p.m. sarebbe restato comunque arbitro della formulazione dell'imputazione e avrebbe conservato un potere tale da condizionare lo svolgimento del processo.

Le argomentazioni proposte dal giudice ricorrente non furono comunque accolte dalla Corte Costituzionale che giudicò infondata la questione. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, poiché il codice impone che l'imputazione coatta sia disposta tramite ordinanza, è necessario che il provvedimento contenente questo ordine del g.i.p. sia correlato da opportune e adeguate motivazioni. Le stesse fungeranno da cornice per la

successiva attività del p.m.; il quale, non potendosi a tal punto considerare pienamente autonomo e svincolato nelle sue determinazioni, non potrà (in linea di massima) sottrarsi all'ordine emanato dall'organo di controllo.

In conclusione sembra necessaria una considerazione. È sicuramente vero che il modello accusatorio voluto dal “codice Vassalli” appare difficilmente conciliabile con un ordinamento improntato all'obbligatorietà dell'azione penale ed è certamente degna di nota la tesi di chi intravedeva - in virtù delle modifiche apportate alla disciplina processualpenalistica - la necessità di superare il dettato dell'art. 112 della Costituzione⁸⁵. Tuttavia, poiché non si può non tener conto del fatto che l'istituto *de quo* è stato predisposto dal legislatore del 1988 proprio con l'intenzione di tutelare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, bisogna pervenire alla seguente deduzione: una cosa è affermare che la scelta operata dall'attuale codice di rito appare eccessivamente ridondante, complessa, artificiosa e figlia di timori avvertiti nella realtà giuridica in cui si sviluppò il “codice Vassalli” (ma che probabilmente possono, oggi, ritenersi superabili) al fine di instaurare un dibattito su un possibile superamento del sistema vigente; altro è, invece, sostenere il contrasto tra l'imputazione coatta e l'art. 112

⁸⁵ Un suggerimento in tal senso fu offerto dal giurista svizzero DOMINIQUE PONCET, *Riforme in senso accusatorio ed esigenze correlative*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, a cura di M. CHIAVARIO, cit. p. 101 e ss., il quale affermò che affinché «questo codice prosperi davvero, bisognerebbe arrivare all'opportunità dell'azione penale».

Un'opinione simile, seppur più temperata fu espressa da ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Lineamenti generali del nuovo processo in america latina e punti di convergenza con il modello italiano*, ivi p. 137. Con riferimento all'obbligatorietà dell'azione penale, infatti, la professoressa dell'Università di San Paolo del Brasile, afferma che, nonostante tale principio assurga, nel nostro ordinamento, a livello costituzionale «l'eventuale scelta del legislatore, nel senso di una maggiore disponibilità (con la discrezionalità regolata), sembra rispettare la norma costituzionale, nell'interpretazione della Corte; e sembra ancora adeguarsi, più di quanto lo farebbe un criterio di pura opportunità, ad un sistema che è partito dalla stretta legalità, per temperarla progressivamente con alcune eccezioni».

Cost.: questa conclusione - occorre ribadirlo - non può essere accolta; sia perché non tiene conto dei succitati orientamenti della Corte costituzionale; sia perché - come è stato giustamente notato⁸⁶ - l'imputazione coatta è una testimonianza inequivocabile della volontà del legislatore di non tradire quel *favor actionis*, che i Padri Costituenti vollero di consacrare nella nostra Carta fondamentale.

II.2.3 Il ritenuto contrasto con l'art. 76 Cost.

Oltre al problema appena descritto, alcuni giuristi hanno scorto un'ulteriore ipotesi di incostituzionalità dell'imputazione coatta nella difformità che intercorre tra le indicazioni contenute nella legge-delega e il testo successivamente approvato dal legislatore delegato. In particolare, è stato rilevato che - a differenza di quanto stabilito dalla versione definitiva dell'art. 409 c.p.p. , prevedendovi il potere del g.i.p. di ordinare la formulazione dell'imputazione al p.m. - la direttiva n. 50 di cui all'art. 2 l. 81/1987 aveva stabilito - come possibile esito negativo dell'udienza volta ad accertare i presupposti dell'archiviazione - esclusivamente il potere del giudice di richiedere "ulteriori indagini". Questa stessa soluzione fu inoltre recepita nel progetto preliminare del c.p.p., il cui art. 406 comma 3 recitava:

«a seguito dell'udienza il giudice, quando non dispone l'archiviazione con ordinanza, indica al pubblico ministero le ulteriori indagini che si rendono necessarie».

⁸⁶ GREVI, *Equivoci da chiarire sulla funzione del giudice e del pubblico ministero nella fase preliminare*, cit., p. 218.

Si tratta di una differenza di non poco conto, che ha indotto parte della dottrina⁸⁷ a prospettare un contrasto della disciplina codicistica con l'art. 76 Cost., ove si circoscrive il potere legislativo dell'Esecutivo ai limiti indicati preventivamente dal Parlamento.

Secondo il Grassi, con la dir. 50, il legislatore delegante aveva manifestato la volontà di:

«lasciare all'esclusiva determinazione del p.m. quelle che sono le sue più specifiche funzioni: la formulazione dell'imputazione ed il rinvio a giudizio, nelle quali si sostanzia l'esercizio dell'azione penale»

Invece, con l'attribuire al g.i.p. un ulteriore e più incisivo potere all'esito dell'udienza camerale, quale è la possibilità di disporre l'imputazione coatta, il legislatore delegato avrebbe esorbitato dalla cornice fornita dal Parlamento, onde l'art. 409, comma 5 sarebbe incostituzionale. Un analogo "eccesso di delega" deriverebbe, poi - secondo una dottrina -, dal contrasto della normativa sull'imputazione coatta con le finalità stesse che il Parlamento aveva dichiarato di perseguire con la direttiva n. 1 della legge-delega: la realizzazione di un processo penale accusatorio. Come già accennato, infatti, alcuni giuristi⁸⁸ hanno ritenuto incompatibile con il nuovo sistema processuale la previsione, in capo al g.i.p., di un potere talmente incisivo da tradursi sia nella lesione delle prerogative spettanti al

⁸⁷ Evidenziano questo profilo GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità degli artt. 409, quarto e quinto comma, e 554, secondo comma, c.p.p., come modificato dalla sentenza n. 445/1990 della Corte Costituzionale*, cit.; MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit.; SAMMARCO, *La richiesta*, cit., p. 313

⁸⁸ Si vedano, fra tutti, DIDDI, *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione*, cit.; SAMMARCO, *La richiesta*, cit.; MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit.. Secondo quest'ultimo: «Se il sistema processuale che si è inteso delineare con la delega valorizza al massimo la diversità di ruoli e funzioni tra giudice e parte, e specialmente quella tra giudice e pubblico ministero, non può che apparire estranea la previsione di istituti che corrispondono a criteri di imposizione dell'uno all'altra nei settori demandati alle specifiche attribuzioni».

pubblico ministero, sia nella violazione del principio di separazione delle funzioni, proprio del modello accusatorio.

Benché la questione qui prospettata non sia di secondaria importanza, va tuttavia evidenziato che mai il Giudice delle leggi è stato chiamato a valutare il possibile contrasto dell'art. 409, comma 5 con l'art. 76 Cost. e che oggi, a quasi trent'anni dall'entrata in vigore del "codice Vassalli", una declaratoria di incostituzionalità dell'istituto sotto questo profilo appare estremamente improbabile.

II.2.4 Altri dubbi di costituzionalità

Al fine di completare la presente disamina, non si può non fare un breve accenno ad altre ipotesi di ritenuto contrasto dell'istituto in esame con le norme della Costituzione. Si tratta, più nel dettaglio, di quella tesi - sostenuta in dottrina⁸⁹, ma che non ha trovato alcun riscontro nella giurisprudenza costituzionale - secondo cui la disposizione dell'art. 409 comma 5 c.p.p. urterebbe contro importanti norme della nostra Carta fondamentale, quali quelle contenute negli artt. 3, 24, 101 e 107.

In particolare, appare opportuno soffermarsi sulla questione circa il rapporto intercorrente tra l'imputazione coatta e gli artt. 101 e 107 Cost. Mentre, infatti, parlare di violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa⁹⁰ da parte dell'art. 409, comma 5 sembra essere soltanto

⁸⁹ I profili di incostituzionalità illustrati in questo paragrafo sono stati proposti da GRASSI, *Appunti per una questione di costituzionalità degli artt. 409, quarto e quinto comma, e 554, secondo comma, c.p.p., come modificato dalla sentenza n. 445/1990 della Corte Costituzionale*, cit..

⁹⁰ Il GRASSI argomenta l'ipotesi di lesione del principio di parità e del diritto di difesa, affermando che nella dinamica processuale, mentre il p.m. -a causa del potere del g.i.p. di obbligare la formulazione dell'imputazione- subisce una «*coazione nelle libere espressioni del suo convincimento e nell'esercizio dei suoi doveri (e poteri) processuali*», senza poter in alcun modo contrastare la decisione dell'organo di

sintomatico di un certo grado di insofferenza verso lo strumento di controllo in oggetto⁹¹, l'ipotizzare un contrasto con il principio di indipendenza della magistratura e con le garanzie ad essa riservate dalla Costituzione presenta profili di maggiore interesse.

Infatti, nonostante risulti evidente che questi due profili di incostituzionalità sono fra loro strettamente connessi, sembra conveniente - per chiarezza espositiva - scindere le due questioni e procedere ad una loro analisi separata .

Innanzitutto, per ciò che concerne il contrasto con l'art. 101 Cost., è necessario partire dal ragionamento posto a base di questa tesi: si è infatti affermato che, se l'assoggettamento di ogni magistrato (e quindi anche di quelli appartenenti al pubblico ministero)⁹² alla sola legge comporta una totale indipendenza della parte pubblica del processo penale da qualsiasi altro potere, non si comprende come una soluzione di questo genere possa

controllo (violazione dell'art. 24), una simile compressione della libertà di stabilire la strategia processuale da adottare non è in nessun caso riscontrabile nei confronti della parte privata (violazione dell'art. 3).

⁹¹ Nettamente contraria alla tesi indicata nella nota precedente è l'opinione di VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 171. Ritenendo non meritevole di particolare approfondimento l'assunto del Grassi, infatti, la giurista afferma: «*In effetti, di una violazione dell'art. 3 Cost. non è possibile parlare qualora si consideri che una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e un altrettanto univoca dottrina hanno da lungo tempo chiarito come sia proprio il principio di eguaglianza, sostanzialmente inteso, ad imporre un trattamento diseguale per casi diseguali, ed è ovvio che la parte pubblica, in quanto tale ed in quanto obbligata all'esercizio dell'azione penale, sia talvolta assoggettata a regole differenti da quelle che vigono per la parte privata. Quanto all'idea che il pubblico ministero debba potersi "difendere" contro l'ordine d'indagini o d'imputazione coatta, essa costituisce nulla più che un'altra ulteriore manifestazione della tendenza nostrana alla moltiplicazione dei controlli.*»

⁹² Nella sent. 190/1970 la Consulta affermò che il p.m. è «*un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere.*». Il principio fu poi ripreso e ribadito dalla stessa Corte nella sentenza 96/195 e, ancora, nella 88/1991, nella quale il Giudice delle leggi chiarì inequivocabilmente che il pubblico ministero è «*al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.)*»

conciliarsi con uno strumento come l'imputazione coatta, che determina una soggezione incondizionata del p.m. all'ordine dell'organo giurisdizionale.

In altre parole, secondo i sostenitori di questa teoria, se il p.m., nel quadro della disciplina costituzionale, va considerato soggetto soltanto al disposto legislativo, non può ammettersi l'esistenza, nell'ordinamento, di uno strumento che consenta ad un altro organo di ordinare al magistrato un determinato comportamento.

Questo ragionamento, nonostante possa apparire corretto sia dal punto di vista sistematico sia da quello costituzionale, non ha tuttavia trovato accoglimento da parte della giurisprudenza costituzionale; che, al contrario – con la già richiamata sentenza 263/1991-, ha negato il contrasto tra l'imputazione coatta e l'indipendenza del p.m.

In particolare, i giudici di Palazzo della Consulta hanno motivato questa decisione tramite un ragionamento complesso e articolato; in particolare, considerando che, nello schema delineato dalla disciplina codicistica, non può in alcun modo parlarsi di assoggettamento del p.m. all'organo di controllo. Affinché si verificasse una situazione del genere - sostiene la Corte - sarebbe necessario che l'accusa e il g.i.p. fossero tra loro legati da un rapporto gerarchico. Rapporto che va decisamente escluso, se si considera che lo stesso presuppone la sussistenza di una identità di funzioni che, invece, manca tra gli organi interessati dalla disciplina dell'imputazione coatta. Mentre, infatti, il g.i.p. è competente soltanto ad emettere un atto di impulso (l'ordinanza dell'art. 409, comma 5), solamente il p.m. sarà titolare del reale potere di formulare l'imputazione.

Simili motivazioni potrebbero apparire a prima vista inidonee a confutare la dedotta ragione d'incostituzionalità. Ma - come è stato

saggiamente notato⁹³ - l'orientamento del Giudice delle leggi è coerente con le caratteristiche proprie del rapporto di controllo: da un lato, infatti, bisogna considerare che l'emanazione dell'ordinanza di imputazione coatta rientra nel novero degli ordini di fare o non-fare che normalmente possono concludere una fase di controllo; dall'altro, bisogna tenere in conto che la previsione di un potere di controllo non implica necessariamente l'esistenza di un rapporto gerarchizzato tra il controllato e il controllore.

Quanto ai rapporti tra l'imputazione coatta e le garanzie che l'ultimo comma dell'art. 107 Cost. riserva al pubblico ministero, il Grassi sottolinea, preliminarmente, che questa disposizione della nostra Carta fondamentale opera un rinvio alle norme dell'ordinamento giudiziario, onde le garanzie cui si fa accenno vanno ricercate in quella sede: la norma cui bisogna far riferimento, in particolare, è l'art. 73 comma 1 ord. giud. Essa recita:

«Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari».

Secondo il Grassi, con questa clausola si è voluto individuare nel pubblico ministero un organo dello Stato, garante del rispetto della legge in funzione dell'interesse pubblico. Il ragionamento su cui si basa la dedotta incostituzionalità dell'imputazione coatta è pertanto il seguente: poiché anche quando il p.m. richiede l'archiviazione lo fa sulla scorta di una valutazione di legalità, come potrebbe dirsi fedele a queste funzioni il p.m.

⁹³ VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit. p. 171

obbligato a formulare un'imputazione che egli riteneva non corrispondente all'interesse pubblico?

L'interrogativo non è di poca importanza e richiede un'analisi approfondita. Se si accogliesse tale assunto, infatti, si minerebbero direttamente le fondamenta del procedimento archiviativo realizzato dal codice 1988. La conclusione cui giunge il Grassi colpisce non solo il potere del giudice di ordinare l'imputazione, ma lo stesso controllo giurisdizionale sull'intento ablatorio del pubblico ministero.

Infatti, delle due l'una: o si ritiene che per garantire la norma dell'art. 73 ord. giud. e quindi la previsione dell'art. 107 ult. comma Cost., l'organo d'accusa debba restare titolare esclusivo delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, senza la necessità di alcun "lasciapassare" di soggetti estranei al pubblico ministero; oppure si deve ammettere un controllo "senza poteri" del giudice per le indagini preliminari, chiamato a sindacare la scelta dell'accusa, ma non anche ad incidervi.

Sul punto, la Corte costituzionale non si è mai espressa; ma per confutare la tesi in oggetto è possibile fare riferimento alle motivazioni con cui lo stesso Giudice delle leggi⁹⁴ ha ritenuto legittimo l'ordine di formulare l'imputazione. Per escludere la violazione delle garanzie del pubblico ministero, infatti, va considerato l'obbligo di motivazione incombente sul g.i.p. che emette l'ordinanza di cui all'art. 409, comma 5; e, ancor di più, occorre tenere presente la non configurabilità di un rapporto gerarchico per la mancanza di identità di funzioni fra il p.m. e il g.i.p.. Di conseguenza, l'accusa resta unica titolare del potere di formulare l'imputazione e potrà (entro certi limiti) adottare il comportamento che

⁹⁴ Anche qui il riferimento alla sentenza 263/1991 della Corte Costituzionale.

riterrà più corrispondente alla tutela dell'interesse pubblico. Certamente, però, anche questa soluzione non è priva di inconvenienti e di implicazioni problematiche.

II.3 Questioni applicative

II.3.1 Premessa

E' ora necessario trattare le difficoltà di applicazione che, sin dall'emanazione del nuovo codice di rito, sono state denunciate dalla dottrina e - in parte - risolte dalla giurisprudenza. Da sempre, infatti, l'ordinanza di cui all'art. 409 comma 5 ha posto gli operatori del diritto di fronte a seri e non semplicemente superabili problemi pratici. che hanno riguardato vari aspetti dell'imputazione coatta. Problemi che, come già spiegato, derivano dalla formulazione eccessivamente generica della disposizione in esame, che ha imposto a dottrina e giurisprudenza il non semplice compito di individuare l'esatta portata dell'ordine di imputazione.

II.3.2 Chi procede all'imputazione?

Una prima difficoltà riscontrata dalla dottrina è stata quella relativa alla corretta individuazione del soggetto che *realmente* procede all'imputazione. In particolare – superate le questioni di legittimità costituzionale, occorre qui stabilire, da un punto di vista pratico, come funziona l'imputazione coatta.

La questione, che esige l'esatta individuazione delle prerogative funzionali spettanti rispettivamente al g.i.p. e al p.m., è stata affrontata sia

in dottrina⁹⁵ sia dalla giurisprudenza. In particolare, sono state prospettate al riguardo tre soluzioni.

Innanzitutto, si è ipotizzata una formulazione “a quattro mani” dell'imputazione. Secondo questa prima opinione, il concreto promovimento dell'azione penale sarebbe posto in essere tanto dall'accusa quanto dall'organo di controllo, esercitando funzioni tra loro diverse, ma connesse e consequenziali: in primo luogo, il g.i.p. dà impulso all'imputazione con l'ordinanza dell'art. 409, comma 5; successivamente il p.m. la formula e la trasmette al giudice, affinché questi la renda operativa con l'emissione del decreto che fissa l'udienza preliminare.

Una seconda e più semplice soluzione è, invece, quella che attribuisce in via esclusiva all'organo giurisdizionale il compito formulare l'imputazione; di conseguenza, con l'ordinanza dell'art. 409, comma 5, il giudice per le indagini preliminari deve anche individuare in modo preciso e completo gli addebiti che con l'imputazione devono essere mossi nei confronti della persona sottoposta alle indagini⁹⁶.

Benché meno complicato, un sistema del genere finirebbe col porre in contrasto la disciplina predisposta dal “codice Vassalli” con i principi del processo accusatorio e fa ulteriormente dubitare circa la legittimità costituzionale dell'istituto.

L'ultima tesi configura la formulazione dell'imputazione come una prerogativa esclusiva del pubblico ministero, senza però negare un ruolo fondamentale dell'organo di controllo. A quest'ultimo infatti spetterebbero due funzioni: anzitutto, dare impulso all'azione del p.m. (che in un primo momento aveva manifestato il suo proposito ablatorio, richiedendo

⁹⁵ In particolar modo GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 80.

⁹⁶ Un'applicazione pratica di questa soluzione si può riscontrare si veda Cass., Sez. V, 11 maggio 1994, Rubino, in *Riv. Pen.*, 1995, p. 824.

l'archiviazione) proprio tramite l'ordinanza dell'art. 409, comma 5; in secondo luogo, svolgere un ruolo meramente notarile, prendendo atto e traendo le conseguenze dell'attività del pubblico ministero, con l'emissione del decreto di cui all'art. 128 norme att..

Tra le tre soluzioni proposte è sicuramente l'ultima quella che merita più credito. E ciò non soltanto perché è quella che, dando maggiore risalto all'attività del pubblico ministero, individuato quale organo principalmente interessato alla vicenda dell'imputazione, meglio si armonizza con il sistema accusatorio realizzato dal codice vigente; ma anche perché è la tesi che sembra accolta con più ampio favore in dottrina⁹⁷ e in giurisprudenza.

Da un lato, infatti, il Giudice di Palazzo della Consulta⁹⁸ ha stabilito:

«al giudice per le indagini preliminari è demandato solo l'atto d'impulso, che non fuoriesce dalla funzione di controllo, mentre il concreto promovimento dell'azione, che si esplica nella formulazione dell'imputazione (art. 405), resta di competenza del pubblico ministero».

Dall'altro, anche la Cassazione - nella sentenza 299/1990⁹⁹ - si è mostrata favorevole al questa soluzione, affermando:

«è infondato l'assunto secondo cui sarebbe obbligo del Giudice per le indagini preliminari, che non accolga la richiesta di archiviazione, indicare il reato per il quale l'imputazione deve essere elevata ed il soggetto chiamato a risponderne: alla formulazione dell'imputazione, invero, deve provvedere lo stesso P.M., come risulta, oltre che dalla lettera della legge, dalla titolarità dell'azione penale che a tale organo compete».

⁹⁷ GAITO, Codice di procedura penale ipertestuale, cit.

⁹⁸ Ancora una volta è necessario richiamare la sent. 263/1991 della Corte Costituzionale.

⁹⁹ La pronuncia è stata pubblicata in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 604; nonché in *Riv. Pen.* 1991, p. 74.

II.3.3 L'avviso di conclusione indagini nei casi di imputazione coatta

Uno dei dibattiti sulla corretta applicazione dell'imputazione coatta che più ha interessato la dottrina è stato quello riguardante la necessità, in esito all'emissione di una tale ordinanza da parte del g.i.p., di notificare alla persona sottoposta alle indagini l'avviso previsto dal codice di rito all'art. 415 *bis*.

Il momento genetico della questione va individuato nell'entrata in vigore della l. 479/1999 (c.d. "legge Carotti"). In coerenza con la tendenza legislativa - avvertita negli anni '90 - ad ampliare le garanzie e le prerogative della difesa nelle indagini preliminari¹⁰⁰, detta novella introdusse l'obbligo del pubblico ministero di notificare all'indagato, all'esito delle indagini preliminari, un avviso contenente la sommaria enunciazione del fatto si addebitato, nonché tutte le informazioni potenzialmente utili alla parte privata per organizzare la strategia difensiva.

L'istituto introdotto dalla "legge Carotti" ha determinato questione circa l'esatta individuazione del rapporto tra detto avviso e l'imputazione coatta: ci si è chiesti, in particolare, se, anche nel caso in cui l'esercizio dell'azione penale avvenga *iussu iudicis*, sussista o no in capo al p.m. l'obbligo di informare l'indagato ai sensi dell'art. 415 *bis*.

In realtà, già per il tenore testuale di questa disciplina sarebbe stato possibile escluderne l'applicazione nelle ipotesi di imputazione coatta. Il primo comma dell'art. 415 *bis* stabilisce, infatti, che il p.m. deve far notificare l'avviso nei casi in cui non debba richiedere l'archiviazione, cioè nei casi in cui intenda esercitare l'azione penale¹⁰¹. E questa eventualità è

¹⁰⁰ In questi termini FABIO ALONZI, *La Consulta ribadisce il suo no all'avviso di conclusione delle indagini preliminari in caso di imputazione coatta*, in *Giur. Cost.*, 2012, 6, p. 4527.

¹⁰¹ L'art. 415 *bis*, comma 1 recita: «Prima della scadenza del termine previsto

certamente da escludere nelle ipotesi di imputazione coatta, nelle quali si realizza sì un'ipotesi di esercizio dell'azione penale, ma che deriva da una iniziale richiesta archiviativa avanzata dal pubblico ministero. Se, inoltre, si considera che l'esigenza - cui risponde l'avviso di fine indagini - di attribuire maggiori opportunità difensive all'indagato è già ampiamente soddisfatta - nel caso in cui si proceda all'imputazione coatta- dall'udienza camerale di cui all'art. 409 c.p.p., facilmente si comprende come prevedere un'ulteriore fase di contatto tra le parti processuali risulterebbe non soltanto inutile, ma perfino lesivo della ragionevole durata del processo, richiesta dall'art. 111 comma 2 Cost. Bisogna infine notare che la lettera dell'art. 409 comma 5 richiama gli artt. 418 e 419 c.p.p. e non anche quella degli artt. 416 e 417 stesso c. Di conseguenza, non si può assimilare un'imputazione *iussu iudicis* alla richiesta di rinvio a giudizio, né pertanto si può parlare di nullità della procedura nel caso in cui non venga notificato all'indagato l'avviso di conclusione indagini¹⁰².

Perché quindi si è pensato che fosse necessario applicare l'art. 415 *bis* anche in esito all'imputazione coatta?

Bisogna tener conto del fatto che, secondo parte della dottrina, escludere l'applicazione della disciplina relativa al suddetto avviso nei casi di imputazione coatta viola non solo quella garanzia la "legge Carotti" intendeva assicurare, ma anche di alcune norme costituzionali.

dal comma 2 dell'articolo 405, anche se prorogato, il pubblico ministero, se non deve formulare richiesta di archiviazione ai sensi degli articoli 408 e 411, fa notificare alla persona sottoposta alle indagini e al difensore nonché, quando si procede per i reati di cui agli articoli 572 e 612 bis del codice penale, anche al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa avviso della conclusione delle indagini preliminari».

¹⁰² Per una trattazione più approfondita ALONZI, *La Consulta ribadisce il suo no all'avviso di conclusione delle indagini preliminari in caso di imputazione coatta*, cit.; FRANCESCO NUZZO, *Nel caso di imputazione coatta il diritto di difesa è garantito: non è necessario l'avviso ex art. 451 bis c.p.p.*, in *Cass. Pen.* 2003, p.1170.

In particolare - è stato rilevato - , se la *ratio* della previsione di un coinvolgimento dell'indagato e del difensore nella fase conclusiva delle indagini risiede nella necessità di conferire alla parte privata prerogative di fondamentale importanza per la sua difesa, quali quelle indicate dal comma 2 dell'art. 415 *bis* (la conoscenza dei capi d'accusa, delle norme che il p.m. assume violate e, in particolar modo, la possibilità di presentare memorie difensive, richiedere ulteriori atti di indagini, rilasciare dichiarazioni, *etc.*), non sarebbe sensato precludere simili considerevoli tutele ad un imputato soltanto perché questi diventa tale in seguito ad una imputazione formulata *iussu iudicis*. Di conseguenza, sarebbe inevitabile pensare ad un contrasto dell'art. 415 *bis* non solo con l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.), ma anche con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Si spiega con questa esposta premessa perché la Consulta abbia dovuto affrontare (più di una volta) la questione della costituzionalità dell'art. 415 *bis* c.p.p..

In particolare, il g.i.p. del Tribunale di Cuneo, nell'ordinanza¹⁰³ che rimetteva la questione alla Corte costituzionale, lamentava la lesione degli artt. 24 comma 2, 101 comma 2 e 112 Cost. da parte dell'art. 415 *bis*, poiché quest'ultimo non prevedeva l'applicazione dell'istituto nel caso in cui si procedesse all'imputazione coatta. Diversi erano i profili di illegittimità: per quanto riguarda l'art. 24 Cost., questo sarebbe stato violato in quanto privava ingiustamente l'indagato di un'opportunità difensiva di particolare importanza; una violazione dell'art. 101 comma 2 vi sarebbe invece stata in quanto (in assenza della necessaria notifica dell'avviso) veniva precluso al g.i.p. il potere di sollecitare l'esercizio

¹⁰³ Questa è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 11, prima serie speciale, dell'anno 2002.

dell'azione penale; infine, l'art. 112 sarebbe risultato inosservato perché il p.m. sarebbe stato indirizzato verso una formulazione dell'imputazione "radicalmente nulla".

Nessuno di questi motivi di incostituzionalità fu, però, condiviso dalla Corte costituzionale; che, anzi, risolse la questione con un'ordinanza di manifesta infondatezza¹⁰⁴. Nelle motivazioni corrispondenti si adduceva che, nel delineare le ipotesi di contrasto con le norme della nostra Carta fondamentale, il giudice *a quo* era partito da una premessa errata: dall'ordinanza di remissione, infatti, appariva chiaro che il g.i.p. aveva basato il proprio convincimento sul presupposto che l'avviso di cui all'art. 415 *bis* dovesse essere notificato all'indagato, indipendentemente dalle determinazioni del p.m. sull'esercizio dell'azione penale. Questo assunto contrastava però con il dato letterale, che invece circoscrive la necessità dell'avviso ai casi in cui l'accusa ritenga di non dover richiedere l'archiviazione. Nè, secondo la Corte, sarebbe potuto essere diversamente, poiché l'istituto tende ad assicurare uno *ius ad loquendum* dell'indagato che ha ragione di esistere solo nella prospettiva di un esercizio dell'azione penale. Come giustamente affermato da tale Giudice, infatti:

«ricorre una ipotesi di esercizio dell'azione penale conseguente all'ordine di formulare l'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, il contraddittorio sulla eventuale incompletezza delle indagini trova necessariamente sede nella udienza in camera di consiglio, che il giudice è tenuto a fissare ove la domanda di "inazione" del pubblico ministero non possa trovare accoglimento»

¹⁰⁴ Cfr. ordinanza 460/2002 Corte Cost.

L'orientamento appena evidenziato è stato ribadito in altre pronunce costituzionali¹⁰⁵ e ripreso anche dalla giurisprudenza di legittimità: in numerose sentenze¹⁰⁶, la Cassazione sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale, ha dichiarato abnorme l'atto con cui il giudice dell'udienza preliminare dichiara la nullità dell'imputazione non preceduta dalla notificazione dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p..

Tuttavia, anche in tempi più recenti la stessa questione è stata riportata all'attenzione del Giudice delle leggi: nel 2011, il g.u.p. del Tribunale di Taranto ha individuato nella disciplina *de qua* ed in talune sue interpretazioni plurimi profili di contrasto con la nostra Carta fondamentale, investendo quindi nuovamente la Corte costituzionale.

Anche in questo caso, comunque, il giudizio si concluse con un'ordinanza d'inammissibilità¹⁰⁷. Nondimeno, poiché i rilievi del giudice *a quo* sono parzialmente differenti da quelli precedenti, non appare superfluo esaminarli, insieme con le rispettive le confutazioni.

Il rimettente adduceva la palese differenza intercorrente tra le garanzie difensive assicurate nell'art. 409 e quelle offerte dall'art. 415 *bis*. Al riguardo, il reiterato orientamento del Giudice delle leggi, secondo cui le finalità dell'avviso di conclusione indagini sarebbero state garantite - nel caso d'imputazione formulata *iussu iudicis* - da contraddittorio già intervenuto nell'udienza camerale, per il giudice *a quo* sarebbe stato errato in quanto:

«il divario tra le garanzie difensive assicurate all'indagato dagli artt. 409 e 415-bis cod. proc. pen. sarebbe immediatamente percepibile: nel primo caso

¹⁰⁵ Si vedano in proposito le ordinanze di manifesta inammissibilità della questione n. 491/2002 e n. 441/2004.

¹⁰⁶ *Ex plurimis* Sez. IV, 48033/2009; sez. VI 34041/2003; sez. IV 20215/2007

¹⁰⁷ Corte Cost., ord. 286/2012

“non vi è una contestazione determinata e cristallizzata ma una fluida ipotesi accusatoria, la *discovery* sugli atti di indagine potrebbe essere incompleta (non essendo gravato il p.m. da alcun obbligo in tal senso) ed infine non vi è alcun obbligo di procedere all'interrogatorio dell'indagato che ne faccia richiesta”; nella seconda ipotesi, invece, “la contestazione è già delineata e cristallizzata, la *discovery* degli atti processuali trova massima estrinsecazione avendo il p.m. un preciso obbligo in merito alla piena ostensione di tutti gli atti di indagine (a pena di inutilizzabilità degli atti inizialmente criptati e successivamente scoperti), sussiste l'obbligo di procedere all'interrogatorio dell'indagato che lo richieda, pena la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e degli atti ad essa successivi”».

Da questa divergenza di fondo fra le due discipline, il rimettente deduceva la violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nonché dell'art. 6 CEDU¹⁰⁸, relativo al c.d. “diritto all'equo processo”.

La questione fu tuttavia respinta, poiché - evidenziava la Corte - essa muoveva da un presupposto erroneo, più precisamente, da una inesatta valutazione del quadro normativo di riferimento: la tesi secondo la quale il procedimento archiviazione è accompagnata da una *discovery* più debole rispetto a quella dell'art. 415 *bis*, infatti, non poteva essere accolta, perché il comma 1 dell'art. 408 impone al p.m. di trasmettere al g.i.p., insieme con la richiesta ablatoria, il fascicolo contenente la *notitia criminis*, nonché tutte le attività investigative espletate. Sul punto si è anche osservato, in dottrina, che l'affermazione del giudice rimettente, secondo la quale l'avviso di conclusione indagini contiene una “imputazione sostanzialmente cristallizzata e delineata”, non può ritenersi veritiera: a ben

¹⁰⁸ Il riferimento a quest'ultima norma deve, tuttavia, ritenersi un elemento meramente corroborante della tesi esposta dal giudice *a quo*: la Corte Costituzionale, infatti, non è competente a verificare la sussistenza di contrasti tra la normativa interna e le norme sovranazionali, se non con riferimento alle relative disposizioni di recepimento.

guardare, l'art. 415 *bis* impone che alla persona sottoposta alle indagini venga notificata soltanto una enunciazione sommaria del fatto addebitatogli¹⁰⁹.

Negata, quindi, qualsiasi differenza tra le due garanzie (il contraddittorio nell'udienza camerale di cui all'art. 409 e l'avviso di conclusione indagini), la Corte ha ancora una volta ribadito la piena legittimità costituzionale della disciplina in esame.

Il problema relativo alla corretta applicazione pratica dell'imputazione coatta, in relazione alla novellazione apportata dalla "legge Carotti", può considerarsi risolto: essendo la formulazione dell'imputazione *iussu iudicis* un *posterius* rispetto all'esercizio delle prerogative difensive dell'indagato, essa dovrà ritenersi legittima, anche se avvenuta senza il previo avviso di cui all'art. 415 *bis*.

II.3.4 L'imputazione coatta e la richiesta di rinvio a giudizio

Secondo quanto stabilito dall'art. 405 c.p.p., nei casi in cui manchino sia i presupposti per una richiesta di archiviazione sia le condizioni necessarie ad attivare uno dei procedimenti speciali disciplinati, il p.m. deve chiedere il rinvio a giudizio; e trasmettere quindi al g.u.p. il fascicolo contenente la notizia di reato e le attività investigative svolte, indicando le

¹⁰⁹ In questo senso si esprime ERCOLE APRILE, *Osservazioni a Corte Costituzionale n. 286, 5 dicembre 2012*, in *Cass. Pen.*, 2013, 3 pag. 1009, secondo il quale: «si sarebbe potuto rilevare, a conferma dello scarso pregio dell'ipotesi argomentativa proposta dal giudice a quo, che non è affatto vero l'avviso della conclusione delle indagini debba contenere una "imputazione sostanzialmente cristallizzata e delineata". E ciò perché l'art. 415-bis, comma 2, c.p.p. prescrive che l'avviso contiene "una sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede" e "delle norme di legge che si assumono violate", tant'è che la presenza di un capo d'imputazione già definito è il frutto più di prassi applicative che non di una precisa statuizione codicistica».

generalità dell'imputato ed eventualmente della persona offesa, enunciando il fatto addebitato all'imputato e chiedendo al giudice l'emanazione del decreto che dispone il giudizio.

Tale disciplina ha determinato l'insorgere di un dubbio circa la necessità di raccordare le norme relative alla richiesta di rinvio a giudizio con quelle dell'imputazione *iussu iudicis*: ci si chiesti, in particolare, se, nel caso in cui si addivenisse all'esercizio dell'azione penale a seguito di un ordine del g.i.p., sia necessario che l'organo di accusa formuli anche una richiesta di rinvio a giudizio.

La questione, tuttavia, appare facilmente superabile: benché, per una parte minoritaria della dottrina¹¹⁰, la detta richiesta sia un compito al quale il p.m. non può rinunciare neanche nel caso di imputazione *iussu iudicis*, già dal tenore letterale delle disposizioni relative all'imputazione coatta si evince che, nella fattispecie, il pubblico ministero non deve richiedere al g.u.p. il rinvio a giudizio. Infatti, l'art. 409 comma 5 parla di formulazione dell'imputazione e del seguente decreto del g.i.p. che fissa l'udienza preliminare, senza nessun accenno alla menzionata richiesta; inoltre, l'art. 128 norme att., nell'indicare gli elementi che lo stesso decreto deve contenere, fa riferimento a quelli indicati dall'art. 417 comma 1 lettere *a*, *b* e *c*. Proprio questo richiamo indica chiaramente che dev'essere il decreto del g.i.p. a fornire le indicazioni necessarie per la corretta instaurazione del contraddittorio preliminare (indicazioni le quali, invece, nel procedimento ordinario sono presentate dal p.m. nella richiesta di rinvio a giudizio); e

¹¹⁰ Ritengono necessaria la richiesta di rinvio a giudizio D'ANDRIA MARIO, sub art. 554, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1991, nonché BONSIGNORI, *Archiviazione*, cit..

che, pertanto, la stessa richiesta non sarà necessaria nei processi instaurati su ordine dell'organo giurisdizionale¹¹¹.

Inoltre, anche una considerazione sulla funzione dell'imputazione *iussu iudicis* suggerisce che, nei casi relativi, imporre all'organo di accusa la formulazione di una richiesta di rinvio a giudizio sarebbe insensato. Scopo dell'ordinanza *ex art. 409* comma 5 è, infatti, soltanto quello di evitare indebite rinunce all'esercizio dell'azione penale, ma non anche quello di far giungere alla fase del dibattimento ogni *notitia criminis*. Attivato il processo e instaurata l'udienza preliminare, pertanto, l'ordine di formulare l'imputazione avrà spiegato i suoi effetti e avrà assolto la propria funzione. Anche qualora dovesse intervenire una sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.*, quindi, non potrà certo parlarsi di elusione dell'ordinanza del g.i.p.

Considerate queste premesse, facilmente si comprende che il p.m. sarà completamente libero di adottare, nell'udienza preliminare instaurata con il decreto del g.i.p. successivo all'imputazione coatta, la strategia processuale che avrà considerato più giusta: potrà, quindi, perfino puntare a ottenere il proscioglimento dell'imputato, poiché una simile opzione non determina in alcun caso una violazione delle funzioni proprie del suo ufficio.

Pertanto, se il p.m. può scegliere di puntare alla sentenza *ex art. 425*, egli non può essere obbligato a richiedere il rinvio a giudizio. Infatti, se fosse altrimenti, si imporrebbe una soluzione processuale contraddittoria:

¹¹¹ A tal proposito MARIO GRIFFO, *P.M. e G.I.P.: se scatta l'imputazione coatta. Ecco tutti i nodi dell'udienza preliminare*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 33, p. 52, afferma: «Esigendo per il decreto di fissazione dell'udienza preliminare i requisiti "tipici" caratterizzanti la richiesta di rinvio a giudizio, il legislatore, così, esclude che anela peculiare ipotesi considerata l'esercizio dell'azione penale debba avvenire secondo le modalità di cui agli articoli 416 e seguenti c.p.p.».

che senso avrebbe costringere il p.m. a formulare una richiesta di rinvio a giudizio, se poi lo stesso può mirare alla conclusione opposta dell'udienza preliminare?

Né si può ritenere che l'ordinanza *ex art.* 409 comma 5 faccia venir meno la libertà di azione dell'organo di accusa nella dinamica processuale ad essa successiva; difatti, se si accogliesse una tesi del genere ne deriverebbe una violazione delle prerogative funzionali del p.m. e risulterebbero contraddette le finalità accusatorie del codice 1988.

In virtù di queste considerazioni, appare necessario accogliere favorevolmente l'osservazione secondo cui:

«se si può vincolare il pubblico ministero a compiere quell'atto di intelligenza che consiste nel formulare un'imputazione, non si può costringerlo ad un atto di volontà come richiedere il rinvio a giudizio»¹¹².

II.3.5 L'ottemperanza del p.m. all'ordine del g.i.p

Una delle principali questioni che l'articolato meccanismo dell'imputazione coatta determina è sicuramente quello concernente la posizione del p. m. successivamente all'emanazione dell'ordinanza *ex art.* 409 comma 5 da parte del g.i.p.. *Quid iuris*, infatti, qualora l'accusa non desista dal proposito ablatorio che la aveva condotto a richiedere l'archiviazione?

A questo fondamentale interrogativo dottrina e giurisprudenza hanno tentato, nel corso degli anni successivi all'entrata in vigore del "codice Vassalli", di offrire soluzioni adeguate e coerenti con la struttura generale del nuovo processo penale; non senza, tuttavia, incontrare grosse difficoltà.

¹¹² PAOLO FERRUA, *Il ruolo del Giudice nel controllo delle indagini e dell'udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990

Ciò che qui interessa esaminare non sono le conseguenze sanzionatorie che derivano dal non adeguamento del p.m. all'ordine del g.i.p., bensì le dinamiche processuali che potrebbero prodursi in seguito a un simile comportamento dell'accusa. Posto che all'ordinanza di cui all'art. 409 comma 5 va sicuramente riconosciuta efficacia vincolante nei confronti del p.m., si è reso necessario individuare gli strumenti in grado di garantire tale obbligatorietà.

Occorre preliminarmente dire che la questione può presentarsi in duplice forma: l'intento archiviativo del pubblico ministero potrebbe persistere e manifestarsi tramite ulteriori richieste di archiviazione, successive all'ordinanza di cui al comma 5 dell'art. 409; oppure l'accusa, pur adempiendo formalmente al comando impartito dal g.i.p., potrebbe formulare un'imputazione talmente blanda da vanificare *de facto* la forza coercitiva dell'ordinanza.

Entrambe queste situazioni determinano una serie di problemi non facilmente risolvibili: appare chiaro, infatti, che nel caso in cui il p.m., in seguito all'udienza camerale scaturita dalla richiesta di archiviazione, ricevuto l'ordine di formulare l'imputazione, continuasse a ritenere di non dover esercitare l'azione penale, si verrebbe a creare una fastidiosa situazione di stallo processuale, alla quale sarebbe indispensabile offrire una soluzione.

La normativa sull'imputazione coatta non offre rimedi diretti all'inottemperanza del pubblico ministero, onde è necessario fare riferimento ad altre disposizioni codicistiche per ricercare gli strumenti idonei a risolvere il problema.

Uno dei primi rimedi ipotizzati è stato il ricorso alla disciplina dei c.d. "conflitti analoghi", contenuta nell'art. 28 comma 2 c.p.p.. Conseguenza dell'applicazione di questa norma sarebbe l'attribuzione della

competenza a dirimere il contrasto tra p.m e g.i.p. alla Corte di cassazione¹¹³.

Tuttavia, quest'orientamento (minoritario anche in dottrina), non è mai stato accolto dalla giurisprudenza di legittimità, che ha negato la possibilità che fra organi diversi (quali sono appunto il p.m. e il g.i.p.) possa verificarsi un'ipotesi di conflitto¹¹⁴. A tal proposito, infatti, la Cassazione ha asserito:

«Non è configurabile una situazione di conflitto, sia pure analogo, nel contrasto tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari in ordine alla richiesta di archiviazione per la natura di parte, sia pure pubblica, rivestita dall'organo di accusa in aderenza al modello di processo accusatorio. Ciò comporta, infatti, che al pari di quanto avviene per la parte privata, le determinazioni del giudice impongano un adeguamento di tutti i soggetti»¹¹⁵.

In questo senso, si adducono tre ordini di ragioni.

Innanzitutto, la Corte Suprema ha fatto propria l'interpretazione della disciplina sui conflitti offerta dalla *Relazione al progetto preliminare*

¹¹³ In dottrina SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit. ha affermato che un'ipotesi di conflitto analogo ex art. 28, comma 2 c.p.p. «potrebbe sicuramente essere rappresentato dall'ipotizzato contrasto tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari in ordine all'archiviazione del procedimento» e ancora che: «non si può negare il fatto che il pubblico ministero disponga di poteri autoritativi tali da fargli assumere un ruolo di parte sui generis. Pertanto, il conflitto risulta configurabile proprio allorché, il pubblico ministero stesso, esercitando i poteri di cui dispone, finisce per ostacolare l'esercizio della funzione giurisdizionale propria del giudice per le indagini preliminari».

¹¹⁴ L'opinione è ripresa anche in dottrina. Secondo ANNA VALERIA SEGHETTI, *Dissenso tra p.m. e g.i.p. sulla competenza e conflitto analogo*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1991, p. 300 afferma: «Posto che la disciplina dei conflitti è volta a regolare l'esercizio della funzione giurisdizionale, essa non potrà trovare applicane che fra organi dotati di analoga potestà e all'interno di un rapporto processuale già costituito.»

¹¹⁵ Cass., Sez. I, 9 aprile 1990, pubblicata in *Giust. pen.*, s. 7, an. 96 (1991), fasc. 4, pt. 3, pag. 225-240 con nota di DIDI.

del codice¹¹⁶; in secondo luogo, si richiama l'art. 54 c.p.p., che, nell'attribuire al superiore gerarchico la risoluzione di eventuali conflitti tra organi del pubblico ministero, conferma da un lato il ruolo di parte processuale dell'accusa, dall'altro, l'inapplicabilità dell'art. 28; si considera, infine, che proprio il comma secondo dell'art. 28 limita la configurabilità di conflitti analoghi ai casi di contrasto tra decisioni del g.u.p. e del giudice dibattimentale¹¹⁷. Questa soluzione è stata ampiamente ribadita dalla successiva giurisprudenza della S.C.¹¹⁸

Nell'assenza di un intervento normativo chiarificatore volto a fornire uno strumento idoneo a garantire l'efficacia vincolante dell'ordine del g.i.p., anche la giurisprudenza costituzionale è stata recentemente chiamata a risolvere il problema della stasi procedimentale dovuta al comportamento del p.m. Lo spunto per una disamina approfondita della questione in oggetto è stata offerta da un'ordinanza del 26 novembre 2012¹¹⁹, con cui il g.i.p. presso il Tribunale di Varese ha denunciato l'illegittimità dell'art. 409

¹¹⁶ Nella Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale, pubblicata in *G.U.* 24 ottobre 1988, in S.O., n.2 serie generale n. 250, si legge con riferimento al comma 2 dell'art. 28 che con la disposizione «*si è volutamente evitato qualsiasi riferimento ai casi di contrasto tra pubblico ministero e giudice, proprio per sottolineare che eventuali casi di contrasto non sono riconducibili alla categoria dei conflitti e ciò anche in considerazione della qualità di parte - sia pure pubblica - che il pubblico ministero ha nel contesto del nuovo sistema processuale*».

¹¹⁷ Per un'analisi approfondita sul tema DIDI, *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione*, cit., secondo il quale: «*L'architettura dell'istituto parrebbe evidenziare che con la congiunzione avversativa (tuttavia) che le lega la prima e la seconda parte del comma 2 dell'art. 28, si vuole tracciare "l'ambito soggettivo che contraddistingue l'analogia assegnando a questa uno spazio di operatività, in tema di conflitti, solo ove il contrasto insorga tra organi della giurisdizione*».

¹¹⁸ *Ex plurimis* si veda Cass. sez. I pen. 11 giugno 1990, pubblicata in *Giust. pen.*, s. 7, an. 96 (1991), fasc. 4, pt. 3, pag. 213-225, con nota di MURONE, *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1991, Palladino, in *ANPP*, 1992, p. 438; Sez. I, 19 aprile 1991, Carpino, ivi, 269; Sez. I, 1 giugno 1990, Vianello, in *Giur. It.*, 1991, II, p. 42.

¹¹⁹ L'ordinanza è iscritta al n. 224 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 43, prima serie speciale, dell'anno 2013.

comma 5, con riferimento agli artt. 111 e 112 Cost., nella parte in cui non prevede strumenti in grado di imporre al p.m. l'adempimento dell'ordine impartitogli di formulare l'imputazione. Secondo l'assunto del giudice *a quo*, infatti, sarebbe possibile scorgere, in base alla disciplina vigente, un potere di "archiviazione coatta" in capo al pubblico ministero: nel caso in cui, successivamente all'emissione di un'ordinanza *ex art.* 409 comma 5, venisse nuovamente richiesta dall'accusa l'archiviazione della *notitia criminis*, organo di controllo non avrebbe altra possibilità che disporre la stessa.

Benché la questione - come era facilmente prevedibile - non sia stata accolta, il giudizio di legittimità costituzionale (conclusosi con un'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza 96/2014)¹²⁰ ha consentito alla Corte di esprimere considerazioni gli strumenti utili a dare forza coercitiva all'imputazione *iussu iudicis*.

Nel risolvere i dubbi di legittimità costituzionale, la Corte ha esaminato, seppur sommariamente, tutte le possibili soluzioni al problema dello stallo procedimentale in esame. Dopo aver escluso la possibilità di attribuire al g.i.p. il potere di formulare egli stesso l'imputazione (in quanto una soluzione del genere sarebbe in aperto contrasto con la struttura accusatoria dell'attuale sistema processualpenalistico), nonché, coerentemente con il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'applicabilità della disciplina dei conflitti analoghi, il Giudice delle leggi

¹²⁰ L'ord. 96/2014 è stata pubblicata in *Giur. Cost.*, 2, 2014 con nota di CHIARA GABRIELLI, *Quid iuris qualora i p.m. disattenda l'ordine del g.i.p. di formulare l'imputazione? Il giudice rimettente parla alla Corte Costituzionale perché il legislatore intenda* e in *Cass. Pen.*, n. 7/8, 2014 con nota di ERCOLE APRILIE, *Imputazione coatta e inerzia del P.M.: per la Consulta il G.I.P. non può disporre d'ufficio la formulazione dell'imputazione*

ha individuato altre strade percorribili ¹²¹: anzitutto, la sostituzione del magistrato del pubblico ministero designato per il procedimento; o, in via alternativa, la previsione di un'ipotesi di un'avocazione obbligatoria delle indagini preliminari nel suddetto caso di non ottemperanza. La quale ultima soluzione, inoltre, sarebbe possibile senza richiedere un previo intervento del legislatore; cioè, tramite un'interpretazione estensiva dell'istituto dell'avocazione¹²².

Anche questo espediente, tuttavia, non garantirebbe una assoluta esecutività dell'ordine di formulare l'imputazione: anche il procuratore generale presso la corte d'appello, infatti, potrebbe reiterare la richiesta di archiviazione e ripresentare quindi il problema della possibile stasi processuale.

In realtà, su questo punto si avverte la maggiore criticità dell'imputazione coatta e l'inadeguatezza di tale strumento a garantire un pieno rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Come la stessa Corte costituzionale ha dichiarato, tuttavia, non deve e non può

¹²¹ Secondo la Corte Costituzionale: «il giudice a quo si limita, infatti, ad evidenziare l'esistenza del problema, senza precisare quale dovrebbe essere il rimedio processuale all'indicata situazione di «stallo», tra i molti astrattamente ipotizzabili: ad esempio, l'attribuzione al giudice per le indagini preliminari del potere di formulare direttamente l'imputazione, in sostituzione del pubblico ministero inadempiente (soluzione, peraltro, in aperto contrasto con il principio cardine del sistema accusatorio, adottato dal vigente codice di rito, "ne procedat iudex ex officio"), ovvero la previsione di un'ipotesi di avocazione obbligatoria (a prescindere qui dalla possibilità di pervenire a tale risultato già in via interpretativa), o la sostituzione del magistrato del pubblico ministero designato per il procedimento, ovvero ancora l'estensione all'ipotesi considerata della disciplina dei conflitti di competenza; tutto ciò senza considerare che – come già rilevato in materia da questa Corte – l'adozione dell'una o dell'altra di siffatte alternative implicherebbe scelte discrezionali, riservate come tali al legislatore».

¹²² Secondo GABRIELLI *Quid iuris qualora i p.m. disattenda l'ordine del g.i.p. di formulare l'imputazione?*, cit. «Soltanto rispetto all'avocazione obbligatoria delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte d'appello la pronuncia in esame lascia aperto un cauto spiraglio alla possibilità di un'applicazione "a legislazione invariata"».

essere la giurisprudenza a risolvere tale problematica: spetta al legislatore correggere il sistema attuale.

Un intervento legislativo sarebbe auspicabile anche per evitare, nel modo più incisivo possibile, che l'ordinanza dell'art. 409, comma 5 venga elusa dal p.m attraverso una imputazione "suicida"¹²³. Ma, a ben guardare, questo secondo profilo del problema risulta ancora più difficilmente superabile, posto che riguarda un comportamento dell'organo di accusa certamente corretto dal punto di vista formale e procedurale, ma sostanzialmente lesivo dell'ordine impartito dal giudice. Come è infatti stato affermato dalla Corte costituzionale in un altro giudizio di legittimità¹²⁴ concernente l'art. 409, comma 5 in relazione all'obbligatorietà dell'azione penale:

«Le eventuali condotte patologiche, quand'anche sussistenti, sfuggono a qualsiasi controllo di legittimità da parte di questa Corte, proprio perché frutto delle più disparate ed imprevedibili scelte che ciascun magistrato del pubblico ministero può in concreto adottare in ordine alle modalità secondo le quali coltivare l'accusa nel corso del dibattimento, restando conseguentemente esclusa qualsiasi possibilità di ricondurre simili aspetti al quadro normativo che il giudice a quo pone ad oggetto delle proprie censure».

II.3.6 Imputazione coatta e imparzialità del giudice

La commistione di funzioni inquirenti e giudicanti, che inevitabilmente consegue all'esercizio del potere di imputazione coatta, ha

¹²³ L'espressione è di LOZZI, *Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondate e preoccupazioni inconsistenti*, in LP, 1990, 639.

¹²⁴ Il giudizio di costituzionalità fu instaurato con ordinanza emessa il 14 ottobre 1992 dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Brindisi, iscritta al n. 367 del registro ordinanze 1993 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 29, prima serie speciale, dell'anno 1993 e si concluse con l'ordinanza di manifesta inammissibilità 436/1993.

imposto la predisposizione di efficaci strumenti di garanzia del principio di terzietà dell'organo giurisdizionale, sancito dall'art. 111 comma 2 Cost. Una necessità certamente non sconosciuta al legislatore del 1988, se si considera che la stessa previsione di cui al comma 5 dell'art. 409 c.p.p. ha rappresentato una soluzione di compromesso, volta ad evitare un'ingiustificata riproposizione di un giudice istruttore *mutato nomine*.

Il problema che qui interessa affrontare non riguarda strettamente la funzione del g.i.p., ma – in particolare - le ripercussioni che l'imputazione *iussu iudicis* potrebbe avere nelle fasi successive a quella delle indagini. Difatti, appare chiaro, che, con l'applicazione dell'art. 409 comma 5, il g.i.p. esprime un giudizio (seppur preliminare) di fondatezza della *notitia criminis*; e che questa valutazione potrebbe pregiudicare l'imputato sia nell'udienza preliminare, sia nel dibattimento vero e proprio. Si tratta di un timore non infondato, in quanto, malgrado i tentativi del legislatore di separare nettamente la fase prettamente procedimentale da quella processuale, il codice di rito, nella sua versione originaria, non conteneva alcuna disposizione che vietasse al g.i.p. che avesse imposto al p.m. la formulazione dell'imputazione di esercitare funzioni giurisdizionali anche nella successiva fase dell'udienza preliminare.

Data questa lacuna, la giurisprudenza costituzionale ha cercato di evitare che provvedimenti adottati durante le investigazioni potessero influenzare il successivo andamento del procedimento. L'occasione fu offerta da una serie di questioni di legittimità eccepite con riferimento alla disciplina della competenza: tramite una serie di pronunce¹²⁵ strettamente raccordate fra loro, infatti, la Corte dichiarò incostituzionale l'assenza,

¹²⁵ Per un'ampia rassegna circa l'attività della Corte Costituzionale su questo specifico argomento COSIMO SCARPELLO, L'archiviazione, CEDAM, 2002, p. 70 e ss.

dalla normativa processuale, di una norma che impedisse, alla stessa persona fisica che avesse emanato - in qualità di g.i.p. - l'ordinanza di cui all'art. 409 comma 5, di esercitare anche altre funzioni giurisdizionali all'interno di un medesimo procedimento penale.

Per prima si occupò della materia la sentenza n. 401 del 1991. Benché essa si riferisca, in particolare, ad un processo celebrato nelle forme del rito abbreviato¹²⁶, il principio ivi sancito ha una portata molto più ampia, che va ben oltre il caso del rito speciale. Come è possibile leggere nella suddetta pronuncia, infatti:

«è da rilevare che la locuzione "giudizio" è di per sé tale da ricomprendere qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito, compreso quello che si svolge con il rito abbreviato».

Benché già da questa prima decisione risultasse possibile estendere il principio ivi stabilito anche oltre la semplice ipotesi del rito abbreviato, la Corte fu chiamata nuovamente ad intervenire sulla materia; e, con una sentenza di poco successiva a quella succitata, ribadì che il g.i.p., nel caso in cui avesse emesso un'ordinanza di imputazione *iussu iudicis*, non avrebbe potuto in alcun modo esercitare funzioni giurisdizionali nel corso del giudizio dibattimentale¹²⁷.

¹²⁶ Nella sentenza 401/1991, la Corte Costituzionale ha rilevato che: *«poiché con l'ordine di cui all'art. 409, quinto comma, il giudice per le indagini preliminari compie una valutazione contenutistica dei risultati di queste e dà anzi ex officio l'impulso determinante alla procedura che condurrà all'emanazione di una sentenza, l'art. 34, secondo comma, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che il giudice che ha emanato tale ordine non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato».*

¹²⁷ La sentenza in questione è la n. 502 del 30 dicembre 1991, nella quale la Corte Costituzionale dichiarò *«l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale che abbia*

Qualche anno più tardi, poi, il Giudice delle leggi estese l'incompatibilità anche al cosiddetto "procedimento per decreto", indicando il giudice dell'imputazione coatta come incompatibile pronunciarsi in ordine all'emissione del decreto penale di condanna¹²⁸.

Ciò che, invece, restava immutato anche a seguito di questi interventi correttivi era il rapporto tra le indagini e l'udienza preliminare: nessuna incompatibilità di funzioni era ancora prevista per il g.i.p. che avesse emesso un'ordinanza *ex art. 409 comma 5* con riferimento all'udienza preliminare. Anzi, la stessa Corte esclude la possibilità di introdurre, per via giurisprudenziale, un'incompatibilità di funzioni tra g.i.p. e g.u.p., posto che tale incompatibilità

«ha come esclusivo termine di riferimento il "giudizio" vero e proprio, cioè l'accertamento di merito sulla responsabilità dell'imputato. Nell'ipotesi in esame, invece, termine di riferimento rispetto alla valutazione compiuta con l'ordine di formulare l'imputazione non è la decisione di merito, ma la valutazione conclusiva dell'udienza preliminare, e cioè un'ulteriore decisione processuale, finalizzata ad accertare la legittimità della domanda di giudizio¹²⁹».

Ma se - come la stessa Corte aveva affermato - la *ratio* dell'incompatibilità tra le funzioni di g.i.p. e altre funzioni giurisdizionali, nel caso di imputazione coatta, era da rintracciare nell'esigenza di garantire la genuinità del giudizio, se ne sarebbe dovuto dedurre che questa stessa

emesso l'ordine di cui all'art. 409, quinto comma, c.p.p.».

¹²⁸ Nella sent. 346/1997, la Corte Costituzionale ha affermato che *«anche la pronuncia del giudice sulla richiesta di decreto penale di condanna integra gli estremi di una valutazione di merito sulla sussistenza del fatto e sulla responsabilità dell'imputato e, in quanto tale, è pregiudicata, con violazione dei principi del giusto processo e dell'imparzialità del giudice, dalla precedente ordinanza con cui il giudice ha respinto la richiesta di archiviazione e disposto che il pubblico ministero formuli l'imputazione».* Andava pertanto dichiarato illegittimo il secondo comma dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non disponeva tale incompatibilità.

¹²⁹ Corte Cost. sent. 124/1992

necessità v'era anche nell'udienza preliminare. Infatti, se si consentisse allo stesso giudice, che abbia provveduto *ex art.* 409 comma 5, di presiedere anche l'udienza preliminare, difficilmente potrebbe ritenersi garantita la funzione di filtro, a detta fase attribuita dal sistema codicistico. Se ciò si ammettesse, infatti, si consentirebbe al g.u.p. di pronunciarsi sulla necessità o non del dibattimento in merito ad una notizia di reato per la quale ha già espresso (in sede di indagini) una prima valutazione, con possibile pregiudizio quanto all'esito dell'udienza suddetta.

Data questa giustificata preoccupazione, fu il legislatore a stabilire l'incompatibilità ad esercitare la funzione di g.u.p. da parte della persona fisica che nel medesimo procedimento penale avesse ordinato al p.m. la formulazione dell'imputazione. Con il d. lgs. 51 del 19 febbraio 1998, infatti, fu aggiunto all'art. 34 c.p.p. un comma 2 *bis*¹³⁰ che, a ben guardare, prevede limitazioni addirittura più rigide di quelle già concepite dalla Corte costituzionale. Secondo la disciplina del 1998, infatti, l'esercizio delle funzioni di g.u.p. e di giudice del dibattimento (indipendentemente dal rito seguito) è precluso alla persona fisica che nello stesso procedimento ha svolto il ruolo di g.i.p., a prescindere dall'emanazione di un'ordinanza di imputazione coatta. Con detta norma, quindi, si è inteso dare una soluzione radicale al problema della tutela della genuinità del processo, tentando di evitare pericolose commistioni di funzioni che, nel caso di applicazione della normativa sull'imputazione coatta, avrebbero potuto contraddire il principio di terzietà del giudice.

¹³⁰ La norma in esame recita: «*Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può mettere decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio*».

CAPITOLO III

I poteri del giudice

SOMMARIO: III.1. Il problema – III.2. La categoria dell’abnormità – III.3. L’estensione soggettiva – III.3.1. Diversi orientamenti – III.3.2. In particolare, la “sentenza Minervini” – III.4. L’estensione oggettiva – III.5. La sentenza delle Sezioni Unite n. 4319 del 2014 – III.5.1. La genesi di una decisione – III.5.2. La soluzione delle Sezioni Unite – III.5.2. Questioni aperte e possibili soluzioni

III. 1. Il problema

L’estrema genericità della disposizione relativa all’imputazione coatta ha generato, come si è visto, particolari difficoltà applicative, le quali hanno richiesto interventi chiarificatori di giurisprudenza e dottrina per essere adeguatamente superate. Oltre alle problematiche già individuate e considerate, l’istituto ha fatto sorgere alcune perplessità anche con riferimento alla delimitazione del potere del g.i.p. nell’emissione dell’ordinanza di cui all’art. 409 comma 5.

In particolar modo la S.C. ha dovuto più volte affrontare la questione concernente l’estensione del potere del g.i.p., per chiarire fino a che punto potesse spingersi il potere impositivo dell’organo di controllo volto a promuovere l’esercizio dell’azione penale da parte del p.m. La questione di cui in questo capitolo si discuterà deve essere analizzata da una duplice prospettiva: da un lato, infatti, essa riguarda il profilo soggettivo dei destinatari dell’ordinanza di imputazione coatta, cioè i soggetti cui può estendersi il comando del g.i.p.; dall’altro, la questione va osservata da un punto di vista oggettivo, al fine di chiarire il margine di intervento dell’organo di controllo per ciò che concerne le ipotesi di reato individuabili nei singoli casi.

Entro quali limiti potrà considerarsi pienamente legittima l'ordinanza del g.i.p.? In quali ipotesi, invece, essa rivestirà il carattere di abnormità e non dovrà, pertanto, essere eseguita?

Con riferimento a tale questione, più volte la giurisprudenza è dovuta intervenire per indicare esattamente l'ambito di applicazione dell'imputazione coatta; nelle vicende in cui si è posto il problema qui analizzato, inoltre, non sono mancati pareri discordi e contrasti all'interno della stessa giurisprudenza della Cassazione; onde la questione è stata rimessa al vaglio delle Sezioni Unite.

Preliminarmente, appare opportuno scindere i due profili della questione suddetti, per svilupparli in modo autonomo. Inoltre, è necessario un sintetico chiarimento sulla categoria della *abnormità*, posto che si tratta proprio di stabilire in quali casi l'ordinanza di imputazione *iussu iudicis* possa ritenersi legittima e in quali casi, invece, vada considerata abnorme.

III. 2. La categoria dell'abnormità

La categoria giuridica del provvedimento abnorme è stata elaborata con riferimento alla disciplina relativa alle impugnazioni e, più nel dettaglio, all'elenco (contenuto nell'art. 620 c.p.p.) di quelle circostanze al ricorrere delle quali la Cassazione procede all'annullamento senza rinvio.

In particolare, la lett. *d*) dell'articolo succitato, infatti, prevede tale annullamento nei casi in cui "*la decisione impugnata consiste in un provvedimento non consentito dalla legge*". È proprio a questa clausola che va ricondotto il cosiddetto atto abnorme. Benché, infatti, non sia possibile individuare nel nostro codice di rito una disposizione, oltre a quella appena indicata, relativa al concetto di abnormità e sebbene una disciplina *ad hoc* manchi dal nostro ordinamento, sulla nozione si è avuta una complessa

elaborazione giurisprudenziale¹³¹, iniziata già sotto la vigenza del codice Rocco, addirittura, a pochi anni dalla sua entrata in vigore¹³².

Il momento genetico del concetto di abnormità è da individuare in due pronunce degli anni '30¹³³, riguardanti casi nei quali la Suprema Corte si trovò nella necessità di accogliere ricorsi assolutamente fondati da un punto di vista giuridico ed equitativo, ma con cui si contestavano provvedimenti che, a causa della loro singolarità, non potevano essere ricondotti alle categorie degli atti impugnabili previste dall'allora vigente codice di rito.

L'esigenza avvertita dalla Cassazione fu, pertanto, quella di contemperare le ragioni di giustizia, che imponevano l'accoglimento dei ricorsi proposti, con il principio di tassatività delle impugnazioni (previsto dall'art. 190 del codice Rocco), nel cui alveo non potevano ricondursi i provvedimenti impugnati. La soluzione adottata dalla S.C. va pertanto considerata come una sorta di "invenzione terapeutica"¹³⁴, con la quale fu possibile estendere l'impugnabilità a provvedimenti che, nonostante le loro pericolose anomalie, apparivano inoppugnabili. Benché inizialmente elaborata con riferimento esclusivo alle sentenze, l'abnormità fu poi estesa dalla stessa giurisprudenza anche alle ordinanze e ai decreti del giudice, fino a ricomprendere alcuni atti posti in essere dall'organo di accusa.

Con la riforma del 1988, il legislatore avrebbe potuto procedere ad una regolamentazione degli atti abnormi; peraltro - tanto per le difficoltà di individuare esattamente i casi di abnormità, quanto per non limitare la

¹³¹ In questo senso si esprime MONTANILE, *L'imputazione coatta tra contrasti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, IV, 2012.

¹³² Per un'analisi storica più dettagliata sul concetto di abnormità si veda CANTONE, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 184.

¹³³ Cass. Sez. II, 7 giugno 1933, Operti; Sez. III, 30 marzo 1935, Berta.

¹³⁴ L'espressione è di CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1991, p. 889.

giurisprudenza nell'accertamento di ulteriori ipotesi riconducibili alla nozione di atto abnorme - questa soluzione fu esclusa¹³⁵. Come è stato esattamente notato, infatti:

*«la stessa origine di tale patologia, nata per fare fronte ad esigenze di giustizia sostanziale, sembra richiedere definizioni prive di eccessiva rigidità e, in quanto tali, capaci di adattarsi ai diversi atti imprevedibili ed extravaganti prodotti dal sistema»*¹³⁶.

Si spiega in questo modo l'assenza dal nostro codice di una disciplina relativa ai provvedimenti abnormi: solo l'art. 620 lett. d), come si è visto, nel menzionare i provvedimenti non consentiti dalla legge, sembra far accenno alla categoria dell'abnormità. Ma quando, in concreto, un provvedimento può essere definito abnorme?

Sul punto, dottrina e giurisprudenza avevano sviluppato due diverse teorie: secondo un primo orientamento, l'abnormità andava rintracciata nel contenuto strano e singolare di un singolo atto¹³⁷; una seconda tesi invece, reputava elemento caratterizzante del provvedimento abnorme la presenza

¹³⁵ Nella Relazione al progetto preliminare si legge: «è rimasta esclusa l'espressa previsione dell'impugnazione dei provvedimenti abnormi, attesa la rilevante difficoltà di una possibile tipizzazione e la necessità di lasciare sempre alla giurisprudenza di rilevarne l'esistenza e di fissarne le caratteristiche ai fini dell'impugnabilità. Se, infatti, proprio per il principio di tassatività, dovrebbe essere esclusa ogni impugnazione non prevista, è vero pure che il generale rimedio del ricorso per Cassazione consente comunque l'esperimento di un gravame atto a rimuovere un provvedimento non inquadrabile nel sistema processuale o adottato a fini diversi da quelli previsti dall'ordinamento».

¹³⁶ M. CAIANELLO, *Sull'abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 3957.

¹³⁷ A questo prima tesi si ricollegano Sez. I, 9 ottobre 1987, Cancellaro, in *Cass. Pen.*, 1989, p. 84; sez. V, 22 giugno 1992, Zinno, *ivi*, 1994, p. 950; Sez. I, 12 luglio 1991, De Bono, *ivi*, 1992, p. 2388, secondo la quale: «Costituisce provvedimento abnorme quello che, per la singolarità e stranezza del suo contenuto, sta al di fuori delle norme legislative e dell'intero ordinamento processuale, per cui non rientra nei poteri dell'organo decidente perché incompatibile con i principi generali del sistema».

di vizi *in procedendo* o *in iudicando* tali da porre l'atto in contrasto con i principi del nostro ordinamento¹³⁸.

A dare maggiore chiarezza concettuale alla nozione di abnormità furono poi le Sezioni Unite¹³⁹, affermando:

«È affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite. L'abnormità dell'atto processuale può riguardare tanto il profilo strutturale, allorché l'atto, per la sua singolarità si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, quanto il profilo funzionale, quando esso, pur non essendo estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo».

Se la pronuncia appena riportata ha rappresentato un punto di riferimento per la giurisprudenza successiva e per la dottrina che ad essa si è uniformata, successivamente, peraltro, è stata la stessa S.C. a rilevare la parzialità della definizione suesposta, indicando le ulteriori condizioni al ricorrere delle quali un atto può considerarsi abnorme. Secondo quest'ultimo orientamento, infatti, è necessario che

*«il provvedimento sia affetto da un vizio per il quale non sono previste cause di nullità o di inutilizzabili, ma anche che non sia altrimenti impugnabile e non sia inquadrabile nella struttura procedimentale prevista nell'ordinamento ovvero determini una stasi processuale non altrimenti superabile»*¹⁴⁰.

¹³⁸ In questo senso si veda Sez. II, 21 febbraio 1975, Tugnolo; Sez. IV, 7 ottobre 1975, Nard, in Cass. Pen., 1976, p. 1128; Sez. VI, 20 gennaio 1978, D'Ascanio, 1979, p. 616 secondo cui: *«Perché un provvedimento possa definirsi abnorme, e come tale sia ricorribile per Cassazione, è necessario che sia stato emesso al di fuori di qualsiasi disciplina prevista dalla legge; cosicché la sua impugnabilità derivi proprio dal mancato rispetto delle norme generali o particolari che ne regolano la disciplina».*

¹³⁹ S.U. 10 dicembre 1997, Di Battista, in Cass. Pen., 1998, p. 1607.

¹⁴⁰ Cass. Sez. I, 24 febbraio 2006, n. 742, in www.penalecontemporaneo.it

Dopo aver chiarito la genesi e le caratteristiche dell'abnormità (pur senza la pretesa di individuare una definizione precisa e tassativa dei casi corrispondenti)¹⁴¹, occorre ora specificare quali siano i rimedi utilmente esperibili contro questa particolare forma di invalidità.

Sul punto, è pacifico che il ricorso per cassazione sia l'unico strumento idoneo a impugnare un atto abnorme. Il ricorso andrà effettuato secondo le regole, i termini e le forme proprie delle impugnazioni ordinarie. Si è fatta però un'eccezione riguardo al caso in cui il vizio incida sul *thema decidendum*: per questa eventualità, infatti, parte della giurisprudenza ha ammesso la possibilità di rilevare l'abnormità d'ufficio, indipendentemente dal gravame dell'interessato¹⁴².

III.3. L'estensione soggettiva

III.3.1. Diversi orientamenti

Dopo aver descritto le caratteristiche del provvedimento abnorme, è ora necessario rapportare i rispettivi concetti all'ordinanza di imputazione coatta; per comprendere - da un lato - i limiti entro i quali la stessa può considerarsi conforme al dettato dell'art. 409, comma 5; e - dall'altro - per individuare le ipotesi in cui tale provvedimento deve ritenersi viziato da abnormità.

Come già accennato, la questione (tra le più dibattute tanto in giurisprudenza quanto in dottrina) si sviluppa su due piani distinti, ma

¹⁴¹ Nota infatti M CAIANELLO, *Sull'abnormità della sentenza*, cit. che il «compito della dottrina, in relazione all'istituto in questione, sembra quello di indicare delle coordinate logiche in grado consentire una verifica, pur con qualche grado di approssimazione, sulla razionalità della scelta concreta adottata dalla Cassazione nell'annullare un atto in quanto abnorme».

¹⁴² In questo senso Cass. Sez. VI, 19 ottobre 1990, Sica.

strettamente connessi: il primo (soggettivo) tende a definire il potere di imputazione coatta con riferimento ai soggetti nei confronti dei quali il g.i.p. potrà emanare l'ordinanza *de qua*; il secondo (oggettivo) che - al contrario - delinea il potere dell'organo giudicante con riferimento alla *notitia criminis* per cui si procede.

Il primo profilo è quello che presenta i maggiori punti di criticità: la corretta individuazione dei soggetti contro cui può essere emessa l'ordinanza di imputazione *iussu iudicis* rappresenta un'esigenza particolarmente pressante anche con riferimento alle garanzie processuali cui ogni cittadino ha diritto. Il punto costituente il fulcro della questione è, infatti, quello riguardante i provvedimenti che, in sede di valutazione della richiesta di archiviazione, il g.i.p. potrà adottare nei confronti di soggetti i quali, non essendo iscritti nel registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 c.p.p., non sono stati presi in considerazione dall'istanza abdicativa del p.m.

Ciò che è necessario preliminarmente stabilire è se l'organo di controllo possa o no individuare, nell'emanare uno dei provvedimenti conclusivi dell'udienza camerale di cui all'art. 409, soggetti ulteriori rispetto a quelli indicati dall'accusa nella richiesta di archiviazione. Il quesito va sicuramente risolto in senso affermativo: la già citata sent. costituzionale 478/1993 ha affermato che l'oggetto di valutazione del g.i.p. in riferimento al proposito archiviativo del p.m. non è circoscritto a quanto dedotto dall'organo di accusa nella sua richiesta, bensì si estende a tutto il materiale probatorio raccolto nella fase investigativa. Pertanto, il g.i.p., qualora ne rilevi la necessità, potrà adottare alcuni provvedimenti con riferimento a persone non indagate.

Ma quali sono, in concreto, le decisioni dell'organo di controllo in grado di estendere la propria efficacia anche a tali soggetti? Potrà - più nel

dettaglio - il g.i.p. ordinare l'esercizio dell'azione penale *ex art. 409*, comma 5? Oppure solo disporre la semplice iscrizione nel registro delle notizie di reato? O –ancora - non avrà alcuna possibilità di incidere in via diretta sulle situazioni relative ai soggetti non indagati, essendo meramente legittimato a comunicare al p.m. una *notitia criminis* relativa agli stessi?

Sul punto si è registrata, nel corso degli anni, una proliferazione di orientamenti divergenti. E ciò non soltanto in dottrina, ma anche nella stessa giurisprudenza di legittimità: questa, trovandosi più volte ad affrontare tale questione, ha adottato soluzioni non sempre omogenee tra di loro.

Al fine di fornire un quadro più dettagliato circa l'estensione soggettiva del potere del g.i.p. con riferimento all'emanazione di provvedimenti negativi sulla richiesta di archiviazione, appare utile esaminare le diverse soluzioni che sono state elaborate con riferimento all'argomento.

Per ciò che strettamente concerne l'imputazione coatta, tre sono stati i principali indirizzi della Cassazione rispetto alla questione *de qua*: una prima tesi attribuiva al g.i.p. un potere talmente esteso da ricomprendere anche la possibilità di emettere un'ordinanza di imputazione coatta nei confronti di soggetti non indagati; un secondo opposto orientamento reputava tale provvedimento dell'organo di controllo abnorme e pertanto impugnabile con ricorso per cassazione; il terzo indirizzo, infine, tramite una particolare *fictio iuris*, considerava l'imputazione *iussu iudicis* verso soggetti non contemplati nella richiesta di archiviazione come una notizia di reato liberamente apprezzabile da parte del p.m.¹⁴³

¹⁴³ Per un'analisi dettagliata sul tema si veda CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2868.

Quanto al primo indirizzo, bisogna innanzitutto considerare che esso, benché minoritario, è stato più di una volta accolto dalla S.C.¹⁴⁴, la quale in particolare ha affermato:

*«In tema di archiviazione, non è abnorme l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari, non accogliendo la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, ordina la formulazione dell'imputazione anche nei confronti di soggetti ai quali egli ritenga debba essere estesa l'imputazione, nonostante non siano stati sottoposti ad indagini da parte del pubblico ministero e le loro posizioni non siano state comprese nella richiesta di archiviazione»*¹⁴⁵.

L'assunto secondo cui l'ordinanza di imputazione coatta è da considerarsi pienamente legittima anche nel caso in cui essa imponga l'esercizio dell'azione penale a discapito di soggetti non indagati muove da un'operazione sistematica¹⁴⁶; cioè, da un collegamento della disciplina con la disposizione dell'art. 415 comma 2¹⁴⁷, relativa al provvedimento di archiviazione per essere ignoti gli autori del reato perseguito: poiché in quest'ultima fattispecie si consente al giudice di ordinare l'iscrizione nel registro delle notizie di reato dei nominativi delle persone cui egli ritiene di

¹⁴⁴ Si fa riferimento in particolare a Cass. Sez. V, 12 luglio 2001, Pagni, in *Cass. Pen.* 2002, p. 1726, con nota FANUELE, «Imputazione coatta» relativa a un reato o a un indagato non considerato nella richiesta di archiviazione; Sez. VI, 19 luglio 2001, Mangione, *ivi*, 2002, p. 2406; Sez. IV, 16 aprile 2003, Giuseppetti, *ivi*, 2005, p. 2879, con nota CASSIANI, *Sulla funzione di controllo del g.i.p. in merito alla richiesta di archiviazione del p.m.*.

¹⁴⁵ Sent. 26406/2003, Giuseppetti,

¹⁴⁶ Secondo Cass. Sez. VI 19 luglio 2001 n. 35209, Mangione, il potere di disporre l'imputazione coatta anche nei confronti di soggetti non iscritti nel registro dell'art. 335 c.p.p. costituisce «un'emanazione del generale potere di controllo del giudice sul corretto esercizio dell'azione penale e sui risultati delle indagini svolte dal p.m. [...] consentito dalla legge in forma interlocutoria e non vincolante per il p.m., come tale non idoneo a generare situazioni di stasi processuali».

¹⁴⁷ Il secondo periodo della disposizione recita: «Se [il g.i.p.] ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato».

addebitare il fatto, non avrebbe senso escludere questo potere negli altri casi di diniego del provvedimento di archiviazione¹⁴⁸.

L'argomentazione qui riassunta non è stata, tuttavia, pacificamente accolta in dottrina: mentre alcuni giuristi¹⁴⁹ valutarono come assolutamente ineludibile, al fine di non vanificare l'intervento del g.i.p. nel procedimento archiviativo, la predetta soluzione della Cassazione, altri ne evidenziarono le contraddizioni. Anzitutto, infatti, il ragionamento svolto sulla base dell'art. 415 comma 2 è stato considerato fuorviante, in quanto nella procedura di archiviazione contro ignoti

«la stessa funzione del controllo giurisdizionale appare diversa: in questo caso, lo scopo dell'intervento giurisdizionale non è il controllo sulla non infondatezza della notizia di reato, bensì la verifica che gli autori del reato davvero non risultino individuati e se - sulla base delle investigazioni compiute dal pubblico ministero - non sia, invece, opportuno proseguire nelle indagini»¹⁵⁰,

inoltre, la stessa previsione del potere di imputazione coatta in capo al g.i.p. anche con riferimento a persone non indagate potrebbe risultare particolarmente lesiva delle garanzie spettanti a ciascun soggetto del processo penale. Se si accogliesse una tale interpretazione, infatti, ben potrebbe verificarsi una pericolosa e ingiusta lesione del diritto di difesa

¹⁴⁸ Come si legge nelle motivazioni della Sent. Sez. V 12 luglio 2001 n. 4581 Pagni: *«È indiscusso, infatti, che il giudice richiesto di un'archiviazione a carico di ignoti possa ordinare, a norma dell'art. 415 comma 2 c.p.p., l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di una persona non individuata dal pubblico ministero come possibile autore di un reato. E quindi sarebbe assurdo ritenere che non possa fare altrettanto il giudice di fronte una richiesta di archiviazione arbitrariamente presentata per uno solo dei reati configurabili ovvero per uno soltanto dei soggetti individuabili come possibili autori del fatto cui la notizia si riferisce.»*

¹⁴⁹ CASSIANI, *Sulla funzione di controllo*, cit.

¹⁵⁰ FANUELE, *«Imputazione coatta»*, cit., p. 1733

della persona che, non essendo nemmeno iscritta nel registro delle *notitiae criminis*, si troverebbe ad assumere *ex actis* la qualità di imputato¹⁵¹.

Sulla scorta di tali perplessità¹⁵², un secondo orientamento della Cassazione (maggioritario in giurisprudenza e più favorevolmente accolto in dottrina) si muove in direzione diametralmente opposta, sostenendo l'abnormità del provvedimento di imputazione *iussu iudicis* emanato nei confronti di soggetti non contemplati dalla richiesta di archiviazione del pubblico ministero¹⁵³.

In particolare, secondo i sostenitori di questa interpretazione restrittiva dell'art. 409 comma 5, nei confronti di coloro che non sono mai stati iscritti nel registro delle notizie di reato,

*«il g.i.p. non ha facoltà di disporre eventualmente l'imputazione coatta, potendo solo indicare al pubblico ministero temi nuovi di indagine relativi ad una notitia criminis che l'organo dell'accusa abbia non ritenuto tale o sulla quale non abbia indagato»*¹⁵⁴.

Neanche il richiamo all'art. 415 comma 2 c.p.p., nell'ottica di questa concezione, consentirebbe un ampliamento delle prerogative del g.i.p. investito della richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato, tale da permettere all'organo di controllo l'emanazione dell'ordinanza di imputazione coatta a carico di un soggetto non ancora

¹⁵¹ Per un'osservazione critica sull'orientamento in esame della S.C., si veda FANUELE, «Imputazione coatta», cit.

¹⁵² Sez. IV, 1° ottobre 2002, Foni, in *Cass. Pen. 2004*, p. 3251.

¹⁵³ Oltre la sentenza riportata nella nota precedente, sostengono la tesi dell'abnormità dell'imputazione coatta nei confronti di soggetti non indagati: Sez. V, 5 giugno 2000, Quintini, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2400; Cass. Sez. V, 16 febbraio 2011, n. 16843, Maglione, *ivi*, 2002, p. 2407; Sez. V, 19 ottobre 2001, Palladino, *ivi*, 2002, p. 1725; Sez. II, 6 ottobre 2004 n. 41500, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 47, p. 74 con nota di BARBARANO, *Il p.m. è distratto? il gip non può rimediare. l'unica via è segnalare la notitia criminis*; Sez. V, 25 ottobre 2005 Roncato; Sez. I, 13 ottobre 2010, Ciarmiello.

¹⁵⁴ Cass. Sez. V, 16 febbraio 2011, n. 16843, Maglione.

indagato. Infatti, mentre, nell'archiviazione per essere ignoti gli autori del reato, la richiesta del p.m. non si riferisce a soggetti determinati (essendo presupposto della medesima istanza l'impossibilità di individuare i probabili autori del crimine perseguito), nel procedimento di archiviazione di cui all'art. 408, il provvedimento dell'organo di accusa è posto in essere proprio riguardo a persone preventivamente individuate e indagate. Si deve quindi ritenere che, nei confronti dei soggetti non iscritti nel registro di cui all'art. 335, il p.m. non abbia posto in essere alcuna richiesta; e che, pertanto, sarebbe mancante il presupposto necessario affinché il g.i.p. potesse disporre l'imputazione coatta.

Se si considera, infatti, che nell'attuale disciplina codicistica, questo provvedimento (così come anche l'ordinanza di effettuare nuove indagini) è espressione dello *ius corrigendi* attribuito all'organo di controllo dal legislatore con riferimento alla richiesta di archiviazione presentata dall'organo di accusa, difficilmente potrebbe ammettersi una sua emanazione quando il procedimento risultasse carente della "domanda" da correggere (nel caso di specie: la richiesta ablatoria del p.m. con riferimento a un soggetto nemmeno iscritto nel registro delle notizie di reato)¹⁵⁵. L'ordinanza *ex art. 409 comma 5* andrebbe pertanto annullata per abnormità, nei casi in cui la stessa si riferisse a soggetti non indagati.

¹⁵⁵ In questo senso si esprime BARBARANO, *Il p.m. è distratto?*, cit. secondo il quale: «*Il presupposto per l'esercizio del potere giurisdizionale è necessariamente l'esistenza di una richiesta di archiviazione dell'organo dell'accusa. Se questa manca il giudice è privo di qualsiasi potere correttivo, difettando ab origine una qualsiasi valutazione su cui operare l'intervento giurisdizionale. Verificandosi tale ultima situazione il provvedimento di imputazione coatta si presenta come totalmente estemporaneo e incoerente con la scelta del legislatore di attribuire al Pm e al giudice compiti strutturalmente distinti e funzionali nell'ambito del procedimento archiviatorio*».

Infine, è necessario accennare ad un'ulteriore soluzione ipotizzata dalla Cassazione con riferimento alla questione in esame. In alcune pronunce della S.C.¹⁵⁶, infatti, è emersa una tesi intermedia quella della piena validità e quella dell'abnormità, relativamente al caso d'imputazione coatta nei confronti di soggetti non iscritti nel registro delle notizie di reato. Tale orientamento fa leva sulla ritenuta degradazione dell'ordinanza emessa dal g.i.p. a mera notizia di reato, nei confronti della quale il p.m. avrebbe la possibilità di determinarsi autonomamente in base ai poteri attribuitigli dalla legge. Secondo la Cassazione, infatti,

*«La disposizione con la quale il g.i.p., nell'archiviare gli atti in conformità alla richiesta del p.m., ne ordina, nel contesto del dispositivo, la trasmissione all'organo dell'accusa per l'eventuale esercizio dell'azione penale in relazione a un fatto-reato ulteriore e diverso rispetto a quello oggetto della richiesta, non è una statuizione in senso tecnico, perché non investe alcun capo o punto della questione sottoposta alla sua cognizione, ma è un atto del tutto autonomo che si concreta in una "notitia criminis" doverosa anche a norma dell'art. 331 c.p.p. e, come tale, è inoppugnabile»*¹⁵⁷.

Pertanto, il provvedimento emesso dal g.i.p., pur non potendo esplicitare il proprio effetto tipico di imporre all'accusa l'esercizio dell'azione penale, non presenterebbe i connotati dell'abnormità; e sfuggirebbe, di conseguenza, a qualsiasi tipo di impugnazione, perfino a

¹⁵⁶ Sez. II 16 novembre 2004 n. 332; Sez. I, 10 dicembre 1998, n. 5031 Manarini. Si veda, inoltre, nella giurisprudenza di merito, l'ordinanza del G.i.p. di Santa Maria Capua Vetere, 30 giugno 2004, in *Giur. merito*, 2004, p.2547, secondo la quale: *«Allorquando il g.i.p. ritenga di accogliere la richiesta di archiviazione del p.m. in relazione ad una determinata ipotesi di reato e contestualmente di ordinare la formulazione dell'imputazione per un soggetto diverso da quello cui si riferivano le indagini e per un titolo di reato in riferimento al quale sia mancata qualsivoglia richiesta del p.m., non può far altro che trasmettere gli atti al p.m. in relazione alla diversa ipotesi di reato»*.

¹⁵⁷ Cassazione Sez. II 16 novembre 2004 n. 332.

quella prevista dalla lett. d) dell'art. 620 c.p.p. D'altronde, l'inoppugnabilità del provvedimento emerge anche in quanto, essendo stata integralmente accolta la richiesta del p.m., difetterebbe in capo a quest'ultimo il requisito dell'interesse ad impugnare l'ordinanza dell'organo di controllo¹⁵⁸.

III.3.2. In particolare, la "sentenza Minervini"

Il grande caos interpretativo, che si registrò con riferimento all'esatta individuazione dei poteri esercitabili dal g.i.p. in esito all'udienza camerale di cui all'art. 409, ha imposto l'intervento delle Sezioni Unite; queste, con la sent. 22909/2005 (cd. "Minervini") hanno fatto luce su uno dei punti più controversi della disciplina introdotta dall'attuale codice di rito.

In particolare, la questione che venne demandata alla cognizione delle S. U. era la legittimità o l'abnormità del provvedimento con cui il g.i.p. ordina

«l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di altri soggetti non indagati, per i quali il p.m. non abbia formulato alcuna richiesta, disponendo altresì la prosecuzione delle indagini e rinviando ad altra udienza per l'ulteriore corso».

Restava quindi sottratta al giudizio delle Sezioni Unite la questione relativa alla possibilità dell'organo di accusa di disporre l'imputazione

¹⁵⁸ In tal senso Cass. Sez. I, 10 dicembre 1998, Manarini, secondo la quale: *«Allorché il giudice per le indagini preliminari accolga la richiesta di archiviazione del p.m. in relazione a una determinata ipotesi di reato e contestualmente ordini la formulazione dell'imputazione per soggetto diverso da quello cui si riferivano le indagini e per titolo di reato in riferimento al quale sia mancata qualsivoglia richiesta del p.m., il provvedimento, per questa seconda parte, va inteso solo come "notitia criminis", rispetto alla quale il p.m. non è vincolato a formulare alcuna imputazione, ma è libero di esercitare i poteri-doveri attribuitigli dalla legge. Ne consegue che manca qualsiasi interesse del p.m. all'impugnativa di siffatto provvedimento, risultando integralmente accolta la sua richiesta da parte del g.i.p.».*

coatta nei confronti di soggetti non ancora iscritti nel registro dell'art. 335. Nonostante ciò, i Giudici di legittimità non rinunciarono ad esaminare - a livello di *obiter dictum* - l'argomento; e ciò aderendo al prevalente orientamento giurisprudenziale, che ritiene l'abnormità di un tale provvedimento emesso dal g.i.p.: nel ragionamento delle S.U., infatti, la preventiva iscrizione del soggetto contro cui è emessa l'ordinanza dell'art. 409 comma 5 nel registro delle *notitiae criminis* assurge a presupposto necessario per l'esercizio di tale potere; si adduce, inoltre, che una soluzione in senso contrario comporterebbe una illegittima intromissione dell'organo di controllo nelle prerogative attribuite dalla disciplina codicistica alla pubblica accusa¹⁵⁹.

Le questioni che invece furono espressamente demandate alla valutazione delle Sezioni Unite furono da queste risolte sulla scorta di un ampio ragionamento: dopo un'estesa digressione sul concetto di abnormità e una esaustiva analisi delle principali soluzioni giurisprudenziali elaborate sul tema, si ribadì - da un lato - la funzione del controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale con riferimento all' art. 112 Cost.; e - dall'altro - il principio, già espresso dalla Corte costituzionale, secondo il quale il controllo del g.i.p. non si deve limitare ai termini indicati nella richiesta di archiviazione del pubblico ministero, ma ha un oggetto molto

¹⁵⁹ Nella sentenza in esame, si legge che l'attribuire al g.i.p. la possibilità di procedere ex art. 409, comma 5 anche nei confronti soggetti non indagati «comporterebbe il totale scavalco dei poteri di iniziativa del p.m.».

Come, inoltre, saggiamente nota CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p.*, cit.: «È, dunque, escluso che il giudice possa ordinare al titolare dell'accusa la formulazione dell'imputazione coatta nei confronti di soggetti il cui nominativo non fosse stato iscritto nel registro ex art. 335 c.p.p. o rispetto ai quali il pubblico ministero non avesse ancora formulato alcuna richiesta. Vi ostano il principio "ne procedat iudex ex officio" e, soprattutto, la circostanza che il potere di disporre la formulazione dell'imputazione presuppone che la persona nei cui confronti il pubblico ministero deve elevare l'addebito sia iscritta nel registro delle notizie di reato».

più ampio, che coincide con la totalità delle operazioni investigative poste in essere dall'organo di accusa¹⁶⁰.

Per ciò che innanzitutto concerne il primo punto - quello relativo alla possibilità o non di una "iscrizione coatta" di un nominativo indicato dal g.i.p. nel registro delle notizie di reato - la soluzione adottata dalle S.U. afferma l'assoluta legittimità di un siffatto provvedimento dell'organo di controllo. Come, infatti, si legge nella sentenza in esame,

«Non è abnorme, e pertanto non è ricorribile in cassazione, l'ordinanza con la quale il g.i.p., all'esito dell'udienza camerale fissata sull'opposizione della persona offesa per il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione del p.m., ordina l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, di cui all'art. 335 c.p.p., di altri soggetti mai prima indagati e per i quali il p.m. non si sia riservato alcuna richiesta, disponendo altresì la prosecuzione delle indagini, in quanto trattasi di decisione che rientra nei poteri di controllo a lui devoluti dalla legge sull'intera notitia criminis».

Quella appena riportata è una decisione di fondamentale importanza nell'individuazione dell'ambito soggettivo cui sono riferibili i poteri del g.i.p.; alla quale pronuncia va riconosciuto un particolare merito: con essa, la S.C. ha realizzato un equo contemperamento tra i contrapposti principi di effettività del controllo giurisdizionale sul rispetto dell'art. 112 Cost. (controllo che dovrà pertanto essere in grado di eliminare la "zona grigia" non considerata dal p.m.) e di osservanza delle rispettive competenze funzionali di p.m. e g.i.p. nella dinamica archiviativa. È, tuttavia,

¹⁶⁰ Si afferma, infatti, nella sentenza *de qua*: «Appare di tutta evidenza che il G.i.p. non può limitarsi ad un semplice esame della richiesta finale del P.M., ma deve esercitare il suo controllo sul complesso degli atti procedurali rimessigli dallo stesso p.m.», e ancora che: «al G.i.p. è rimessa la cognizione della richiesta del P.M., non interclusa in sé, bensì in relazione a tutta l'attività svolta dall'organo inquirente; ciò vuol dire ancora che il controllo giudiziale sull'esercizio dell'azione penale deve avvenire attraverso il vaglio e l'apprezzamento di tutte le risultanze delle indagini preliminari».

necessario notare che, anche con riferimento alla soluzione adottata, si profilano perplessità circa la sua conformità al dettato codicistico.

A quale potere del g.i.p., infatti, può essere collegato l'ordine di iscrizione di un soggetto nel registro dell'art. 335 c.p.p.?

Il codice non attribuisce espressamente una prerogativa di questo tipo all'organo investito del controllo sulla richiesta di archiviazione, limitandosi a demandargli la facoltà di ordinare nuove indagini oppure la formulazione dell'imputazione. E poiché - come si è visto - quest'ultimo provvedimento non può ritenersi adottabile con riferimento a soggetti non ancora indagati, sembra più logico concludere che l'ordine di iscrizione coatta sia stata concepito come una particolare estrinsecazione del potere previsto dal comma 4 dell'art. 409.

Se si accetta questa idea, tuttavia, bisogna ammettere che sarebbe stato preferibile negare al g.i.p. la possibilità di far iscrivere altri soggetti nel registro delle notizie di reato; e, al contrario, sarebbe risultato più rispettoso del sistema codicistico ribadire il suo potere di disporre ulteriori investigazioni, con la possibilità di indicare i soggetti su cui le stesse debbano incentrarsi¹⁶¹.

Né servirebbe il riferimento al procedimento di archiviazione per essere ignoti gli autori del reato ed al potere riservato in quel caso al g.i.p. *ex art. 415 comma 2 c.p.p.* Infatti, tra le due ipotesi vi sono profonde differenze, che, attenendo alla *ratio* stessa del controllo giurisdizionale, rendono impossibile l'estendere l'istituto dell'iscrizione coatta anche ai

¹⁶¹ In questo senso si esprime DANIELE, *Poteri e controlli G.I.P. - P.M., ecco la mappa*, in *Dir. e Giust.*, 2005, n. 28, p. 41, secondo cui: «L'iscrizione coatta disposta dal g.i.p. a seguito della richiesta di archiviazione, pertanto, deve essere configurata, a differenza di quanto ritengono le Sezioni Unite, come atto abnorme (cfr. Cassazione 23 settembre 1994, Bertin, in *Giust. Pen.*, 1996, III, c. 220). Il giudice potrebbe solo ordinare al p.m. di svolgere ulteriori indagini, al più nominando la nuova persona nei cui confronti considera opportuno allargare le ricerche».

casi di archiviazione per infondatezza della notizia di reato¹⁶². Del resto, una soluzione di questo genere era stata proposta anche dalla stessa Cassazione: questa, in una importante pronuncia (Sez. III, 23 settembre 1994, Bertin) aveva dichiarato l'abnormità dell'ordine di iscrizione coatta, adducendo proprio che un tale potere era concesso al g.i.p. solo nei casi di archiviazione richiesta nei procedimenti contro ignoti¹⁶³.

Nonostante tali perplessità è, tuttavia, doveroso ricordare che la possibilità di ordinare l'iscrizione nel registro dell'art. 335 c.p.p., concessa al g.i.p. dalle S.U. con sent. 22909/2005, è stata ribadita dalla successiva giurisprudenza della Cassazione¹⁶⁴.

Pienamente condivisibile appare, invece, la soluzione adottata dalla sentenza *de qua*, nel senso dell'abnormità di un provvedimento del g.i.p.

¹⁶² Come nota, infatti, DANIELE, Poteri e controlli, cit.: «*L'istituto dell'iscrizione coatta, tuttavia, previsto specificamente dall'art. 41 comma 2 c.p.p. in riferimento al procedimento contro ignoti, non appare suscettibile di un'estensione analogica alla situazione in cui la richiesta di archiviazione sia stata formulata a carico di una persona specifica*».

¹⁶³ Secondo Cass. Pen., Sez. III, 23 settembre 1994, Bertin, in *GP*, 1996, III, 220, infatti: «*deve ritenersi abnorme la parte del provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, nel respingere la richiesta di archiviazione e restituire gli atti al p.m. per la formulazione dell'imputazione, ordini al p.m. medesimo di iscrivere anche il nome di altra persona nel registro delle notizie di reato. Infatti, se per la formulazione dell'imputazione esiste una base normativa che attribuisce al giudice un potere di impulso (art. 409, comma 5 c.p.p.), per l'iscrizione di indagati nell'apposito registro nessuna norma attribuisce al g.i.p. un potere anche minimo; o, più esattamente, solo nel caso in cui il p.m. richiede l'archiviazione per essere ignoti gli autori del reato, il g.i.p., a norma dell'art. 415 comma 2 c.p.p., se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata, ha il potere-dovere di ordinare che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato, ma, al di fuori di questo caso specifico, nessun potere compete al giudice in ordine alle iscrizioni in detto registro*».

¹⁶⁴ La sent. Cass. Sez. VI 21 febbraio 2007 n. 10542, infatti, afferma che: «*Non è abnorme il provvedimento del g.i.p. che, richiesto di archiviazione in ordine a una pluralità di notitiae criminis, non si limiti a disporre in conformità solo per alcune di esse e a disporre ulteriori investigazioni per le restanti, ma ordini anche al p.m. l'iscrizione di persona non indagata (nella specie, della persona offesa, opponente in ordine ai delitti di calunnia e diffamazione) nel registro delle notizie di reato per altre ipotesi criminose*».

che, dopo aver assegnato al p.m. il compito di espletare nuove indagini rispetto a quelle che lo avevano condotto alla richiesta di archiviazione, fissasse una nuova udienza per il prosieguo del procedimento camerale. Sul punto, le S.U. hanno stabilito:

«È abnorme, e pertanto ricorribile in Cassazione, l'ordinanza con la quale il g.i.p. all'esito dell'udienza camerale fissata sull'opposizione della persona offesa per il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione, dopo aver ordinato l'espletamento di nuove indagini, fissi contestualmente una nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto crea un vincolo che può incidere sull'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. e sulle valutazioni conclusive circa l'idoneità o meno degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio».

Questa massima della S.C. appare ineccepibile: l'ammissibilità di un provvedimento che disponga il prosieguo dell'udienza camerale, dopo l'interruzione derivata dalla ritenuta necessità di espletare ulteriori investigazioni, comporterebbe un serio rischio di "espropriazione" delle funzioni attribuite dal codice al p. m. Con l'emanazione di un'ordinanza *ex art. 409, comma 4*, infatti, il procedimento regredisce alla fase investigativa, al termine della quale l'organo inquirente conserva intatto il potere di determinarsi nel senso di riproporre la richiesta archiviativa, oppure esercitare l'azione penale. E siccome soltanto nel primo caso potrebbe ripresentarsi la necessità di un'udienza camerale per la valutazione del proposito abdicativo, l'anticipazione della fissazione di tale udienza al momento di emissione dell'ordinanza di indagini coatte configurerebbe un'indebita intromissione del g.i.p. nella libera valutazione del materiale investigativo raccolto dall'accusa; e, di conseguenza, nelle

decisioni che questa dovrebbe autonomamente assumere circa l'esercizio dell'azione penale¹⁶⁵.

III.4. L'estensione oggettiva

Esaminata l'effettiva estensione dei poteri del g.i.p. con riferimento ai soggetti estranei rispetto alla richiesta di archiviazione e riassunto l'orientamento seguito al riguardo dalle S.U., è ora necessario soffermarsi sul profilo oggettivo: l'estensione dei poteri giurisdizionali spendibili in sede di verifica dei presupposti dell'archiviazione.

L'argomento che ci si appresta a sviluppare riguarda essenzialmente la possibilità di attribuire al g.i.p. il potere di individuare fattispecie penalmente antiggiuridiche differenti da quelle prospettate dall'accusa nella richiesta di archiviazione. Ci si domanda se rientri nelle prerogative del g.i.p. l'individuare reati differenti o, addirittura, ulteriori rispetto a quelli indicati dal pubblico ministero; e, qualora a questo primo quesito si dia una risposta in senso positivo, occorre chiedersi quali provvedimenti potrà adottare l'organo di controllo nei confronti degli stessi fatti.

Benché la questione qui esposta non presenti tutte le difficoltà che pone quella relativa alla delimitazione dei confini soggettivi dei poteri del g.i.p., essa è comunque fondamentale ai fini di una migliore comprensione delle prerogative dell'organo di controllo e, in particolar modo, per una più

¹⁶⁵ Sul punto la dottrina è pressoché unanime nel concordare con la soluzione adottata dalla sentenza in esame. *Ex plurimis*, si veda CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p.*, cit., secondo il quale la fissazione del prosieguo dell'udienza «sta fuori dal sistema, poiché impedisce al pubblico ministero di determinarsi ai sensi degli artt. 326, 405, 408 e 411 c.p.p., in coerenza con le risultanze delle indagini svolte circa la nuova notizia criminis coattivamente iscritta. Il g.i.p. si spinge persino oltre: nel fissare l'udienza "in prosieguo", si autoinveste della decisione sulla fondatezza della notizia di reato, in assenza di una richiesta del titolare dell'azione penale».

corretta applicazione dell'imputazione coatta. Bisogna notare, infatti, che mentre l'indicazione di una fattispecie d'illecito diversa non presenta particolari problemi per ciò che concerne l'ordinanza di espletare investigazioni ulteriori (essendo potere-dovere del g.i.p. indicare l'oggetto su cui le stesse dovranno svilupparsi), maggiormente complicata si presenta la questione con riferimento all'imputazione *iussu iudicis*: in questo provvedimento si realizza la massima frizione fra le funzioni inquirenti dell'accusa e le funzioni decisorie dell'organo di controllo.

La questione da affrontare, pertanto, è la possibilità o non del g.i.p. di ordinare al p.m. l'esercizio dell'azione penale per reati diversi da quelli che lo stesso aveva prospettato nella richiesta di archiviazione.

Al fine di una corretta soluzione, è necessaria una fondamentale considerazione preliminare, che riguarda l'espressione "reati diversi". Con essa si suole indicare, generalmente, il superamento dei limiti posti dai termini dell'istanza ablatoria del pubblico ministero; ma occorre notare che, nello specifico, la stessa può riferirsi a due fenomeni fra loro leggermente differenti: *a*) la vera e propria individuazione di nuovi fatti costituenti reato da parte del g.i.p., nell'analisi del materiale investigativo trasmessogli dall'organo d'accusa; *b*) la diversa ricostruzione o qualificazione giuridica di uno stesso fatto, già indagato ed evidenziato dal p.m., da parte dell'organo di controllo.

Anche con riferimento al profilo oggettivo, la giurisprudenza della S.C. non ha offerto sempre soluzioni omogenee, dando vita a una serie di orientamenti che possono raggrupparsi in due filoni principali: da una parte, si è ritenuta l'abnormità di un siffatto provvedimento giudiziale, adducendo che nessuna norma conferisce al g.i.p. il potere di individuare reati ulteriori rispetto a quelli indicati dall'accusa né, tantomeno, di ordinare l'esercizio dell'azione penale con riferimento agli stessi; dall'altra,

alcune pronunce hanno espresso un *favor*, all'ampliamento delle prerogative funzionali del g.i.p., strumentale a garantire l'effettività del controllo sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale; nonché conforme al preindicato orientamento delle S.U. attribuite all'organo di controllo il potere di iscrivere nel registro dell'art. 335 notizie di reato nuove sia dal punto di vista soggettivo, sia da quello oggettivo. Al contrario di quanto, però, verificatosi nel dibattito sull'ampiezza soggettiva, a prevalere è stata la tendenza estensiva: per ciò che concerne il profilo oggettivo, infatti, maggiore successo ha riscontrato la tesi della legittimità del provvedimento di imputazione coatta riferentesi a reati diversi rispetto a quelli prospettati nella richiesta di archiviazione.

Per quanto concerne le interpretazioni che la giurisprudenza ha elaborato con riferimento alla questione, un primo orientamento¹⁶⁶ considera abnorme l'imputazione *iussu iudicis* oggettivamente diversa: in questo indirizzo si ripresenta la preoccupazione di evitare che, con l'attribuzione al g.i.p. di poteri eccessivamente ampi, possa verificarsi una deroga ai principi accusatori del processo penale. Infatti, più esteso è il campo di attività dell'organo di controllo, maggiore è la compressione delle prerogative del p. m. e, di conseguenza, il rischio di contravvenire al principio del *ne procedat iudex ex officio*¹⁶⁷. A tal proposito, è stato affermato in dottrina:

¹⁶⁶ Si inseriscono in questo filone diverse pronunce della Corte di Cassazione, tra cui: Sez. III sent. n. 28481/2009; Sez. VI sent. n. 41409/2009; Sez. IV sent. n. 20198/2007; Sez. VI sent. n. 5058/2010; Sez. VI sent. n. 1353/2003; Sez. III sent. n. 15732/2009.

¹⁶⁷ Come è stato rilevato in dottrina, ELEONORA A.A., *Sull'abnormità dell'imputazione coatta "oggettivamente diversa"*, in *Diritto Penale e processo*, 2014, III, p. 315, nel caso di imputazione coatta per reato non contemplato nella richiesta di archiviazione «solo nella forma un siffatto provvedimento potrebbe essere considerato mero atto di impulso, risolvendosi in sostanza in un vero e proprio atto sostitutivo di

«la richiesta di archiviazione (negata) e la conseguente formulazione dell'imputazione coatta non dovrebbero consentire al giudice delle indagini preliminari di estendere la sfera dell'azione di coazione anche ad altri reati che - in modo più o meno collegato - dovessero emergere dalla richiesta del pubblico ministero (e dalla documentazione rimessa). [...] Una diversa soluzione stravolgerebbe non pochi "principi" del nuovo codice di procedura penale»¹⁶⁸.

Ulteriore ragione per cui si è ritenuta abnorme l'imputazione coatta disposta con riferimento a reati non contemplati nella richiesta del p.m. è la considerazione per cui, procedendo in tal senso, il g.i.p. derogherebbe in maniera piuttosto evidente alle norme relative ai tempi utili per terminare le indagini. Se, infatti, normalmente l'accusa ha sei mesi di tempo per raccogliere il materiale necessario a effettuare le valutazioni inerenti all'esercizio penale, nel caso di imputazione coatta per un reato non iscritto nel registro dell'art. 335, questo termine sarebbe drasticamente ridotto ai soli dieci giorni indicati dall'art. 409, comma 5. Nella pronuncia della S.C., infatti, si legge:

«il g.i.p., imponendo che entro dieci giorni il p.m. formulasse l'imputazione per reati per i quali egli non aveva svolto indagini, gli ha assegnato un termine che non corrisponde a quello ordinario previsto per il compimento delle indagini preliminari e lo ha costretto ad elevare un capo di imputazione per fatti che non trovano rispondenza in una previa iscrizione nel registro delle notizie di reato. In tal modo il giudice, come ha esattamente rilevato il P.G. presso questa Corte, "ha emesso un provvedimento che non trova cittadinanza nel sistema processuale in vigore", scavalcando i poteri di iniziativa del pubblico ministero»¹⁶⁹.

poteri attribuiti al p.m., perché di fatto il giudice parteciperebbe alla funzione controllata, ovvero all'esercizio dell'azione».

¹⁶⁸ SPANGHER G., *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, cit., p. 151.

¹⁶⁹ Cassazione penale sez. III sent. n. 28481/2009

Le osservazioni fin qui esposte sono espressione di un orientamento minoritario, che si scontra con contrapposta tesi; secondo cui è ammissibile e legittimo ampliare i poteri dell'organo di controllo fino ricomprendere fattispecie illecite ulteriori rispetto a quelle indicate dal p.m.¹⁷⁰ Tale soluzione muove da una considerazione di tipo funzionale: si vuole attribuire al controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione un'efficacia che difficilmente potrebbe essere ottenuta se si limitasse troppo la sfera d'azione del g.i.p.. Anche in questo caso, inoltre, non è mancato il riferimento al *thema decidendum* assegnato al g.i.p.; la cui valutazione - secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale - si estende a tutte le attività compiute dall'accusa nel corso delle indagini preliminari¹⁷¹. Ha infatti affermato la Cassazione, nel lontano 1994:

«è legittimo il provvedimento del g.i.p. che disponga l'archiviazione conformemente alla richiesta del p.m. e, nel contempo, ordini al p.m. di formulare l'imputazione relativamente a reati non contemplati nella richiesta di archiviazione. Infatti, una volta formulata la richiesta di archiviazione, il "thema decidendum" che investe il g.i.p. non si modella sulla base di una specifica domanda, bensì sulla base delle risultanze processuali, donde da queste il giudice può trarre elementi per disporre la formulazione dell'imputazione in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato»¹⁷².

¹⁷⁰ Rientrano in questo filone maggioritario: Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 1994, n. 6718, Rubino; Cass. pen., Sez. VI, 19 dicembre 1995, n. 5027, Pascucci; Cass. pen., Sez. I, n. 4120/2006 Lancetti; Cass. pen., Sez. V, n. 43262/2008; Cass. pen., Sez. VI 9005/2010; Cass. pen., Sez. VI 14565/ 2011; Cass. pen., Sez. VI, n. 34284/ 2011; Cass. pen., Sez. VI 42508/ 2012

¹⁷¹ Secondo ELEONORA A.A., *Sull'abnormità dell'imputazione coatta "oggettivamente diversa"*, cit.: «Dopo la richiesta di archiviazione, il Giudice per le indagini preliminari diviene Giudice sulle indagini preliminari, con conseguente ampia libertà di manovra, volta a conferire effettività al controllo sull'inazione, come richiesto ai fini dell'art. 112 Cost.».

¹⁷² Cass. Pen., Sez. V, 11 maggio 1994, Rubino

La negazione di un limite, in modo da consentire al g.i.p. di estendere il proprio raggio d'azione oltre i termini della richiesta di archiviazione, è utile anche per sostenere il potere del medesimo di dare al fatto oggetto di indagini una qualificazione giuridica diversa da quella ipotizzata dal pubblico ministero¹⁷³.

Oltre a quelle appena indicate, poi, anche altre ragioni hanno suggerito l'attribuzione di più ampi poteri al g.i.p. In particolare - secondo alcuni - non emergerebbero nel caso in esame problemi, legati a tale ampliamento delle prerogative, concernenti il diritto di difesa: nell'ipotesi di imputazione coatta per reato diverso, a cambiare è soltanto la fattispecie di reato per la quale il soggetto (che, iscritto nel registro dell'art. 335 c.p.p., ha già avuto modo di esercitare le proprie facoltà difensive)¹⁷⁴ assumerà la qualità di imputato. Si aggiunge, poi, un ulteriore argomento, che mette a confronto la posizione del g.i.p. con quella del giudice della fase dibattimentale: poiché a quest'ultimo è consentito, *ex art. 521 c.p.p.*, persino in sede di redazione della sentenza conclusiva del processo, di dare al fatto perseguito una qualificazione giuridica differente da quella indicata

¹⁷³ Secondo la S.C., Sez. VI 19 dicembre 1995 n. 5207, Pasucci: «*La possibilità per il giudice per le indagini preliminari, cui sia stata richiesta l'archiviazione, di qualificare il fatto portato a sua conoscenza in maniera differente da quanto abbia prospettato la parte (pubblica) e mutare il titolo di reato, oltre che conforme ad una tradizionale regola generale fondata sul principio di legalità, deriva direttamente dalle norme che regolano i rapporti tra giudice e pubblico ministero nella materia in esame. A ciò il legislatore ha provveduto con l'art. 409 c.p.p., che conferisce al g.i.p. il potere e il dovere di rifiutare l'archiviazione richiesta dal p.m. anche quando ritiene che dagli atti emergano indizi di reità (5° comma) a carico di un soggetto già iscritto nel registro delle notizie di reato. Né in ciò il g.i.p. è vincolato dall'ambito delimitato dalla specifica richiesta del p.m., mentre per il p.m. è vincolante la ricostruzione del fatto operata dal g.i.p. e qualificazione giuridica da lui ritenuta tutte le volte che tale diversa qualificazione indice direttamente sull'esercizio dell'azione penale*».

¹⁷⁴ In tal senso ELEONORA A.A., *Sull'abnormità dell'imputazione coatta "oggettivamente diversa"*, cit..

dal pubblico ministero nell'imputazione, non si comprende perché debba essere preclusa al g.i.p. la possibilità di intravedere una fattispecie illecita diversa da quella individuata nella richiesta di archiviazione¹⁷⁵.

L'esigenza di garantire un effettivo controllo su tale richiesta resta comunque il principio cardine che legittima detta estensione oggettiva dei poteri del g.i.p. Tale necessità, infatti, si coglie anche nel ragionamento effettuato dalla Cassazione in una pronuncia abbastanza recente, vertente sull'argomento in esame. Nella sentenza n. 34284/2011¹⁷⁶, infatti, la S.C. ha chiaramente ribadito che bisogna consentire un ampliamento in senso oggettivo delle prerogative spettanti all'organo di controllo in caso di diniego della richiesta archiviativa, precisando:

«I poteri del giudice per le indagini preliminari sono funzionali alle richieste del pubblico ministero, non solo a garanzia della completezza delle indagini, ma anche per sopperire ad inadempimenti dell'organo di accusa, in relazione non soltanto al singolo indagato ed al rispettivo reato enunciati nella richiesta di archiviazione, bensì in relazione all'interna notitia criminis che ha dato inizio alle originarie investigazioni. - Pertanto, non è abnorme del suddetto giudice che, disattendendo la richiesta di archiviazione, ordini al pubblico ministero la formulazione dell'imputazione. a carico del soggetto indagato, per un reato mai iscritto e mai oggetto di indagini. La suddetta ordinanza, quindi, non altera il normale equilibrio dei rapporti tra i due organi, dato che il magistrato inquirente non viene espropriato del suo tipico potere di iniziativa nell'esercizio dell'azione penale».

¹⁷⁵ In tal senso CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 554.

¹⁷⁶ Tale pronuncia è pubblicata, con commento di MONTANILE *L'imputazione coatta tra contrasti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, IV, 2012.

III.5. La sentenza delle Sezioni Unite n. 4319 del 2014

III.5.1. La genesi di una decisione

Finora – come s'è detto -, la giurisprudenza si era divisa in due opinioni contrapposte: talora si affermava l'abnormità di un provvedimento del g.i.p. che si spingesse oltre le indicazioni poste in essere dall'organo di accusa; talaltra si riconosceva la necessità di ampliare le prerogative del magistrato giudicante. Benché quest'ultima tesi **risultasse quella** maggiormente seguita, permaneva un contrasto giurisprudenziale che ostacolava l'uniforme applicazione dell'istituto dell'imputazione coatta e che, pertanto, richiedeva di essere superato.

Proprio per tali ragioni, nel giugno del 2013, le S.U. sono state chiamate ad esercitare la loro propria funzione nomofilattica, per mettere un punto fermo sulla questione in esame. L'intervento delle Sezioni Unite¹⁷⁷ si è estrinsecato in una decisione di particolare rilevanza, nel procedimento evolutivo concernente l'istituto dell'imputazione *iussu iudicis*, a partire dal momento dell'entrata in vigore del "codice Vassalli". Pertanto, occorre soffermarsi sulle affermazioni contenute in tale pronuncia.

Il giudizio *de quo* nasce a seguito di un ricorso promosso dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lucca. Questi, sollecitato da un'ordinanza del g.i.p. sia a iscrivere un nominativo di un soggetto, fino a quel momento estraneo al procedimento penale, nel registro dell'art. 335 c.p.p. sia a formulare l'imputazione con riferimento a

¹⁷⁷, avvenuto con la sent. 4319 del 28 novembre 2013 (depositata in Cancelleria il 30 gennaio 2014)

reati non oggetto di indagine da parte del pubblico ministero, lamentava l'abnormità di tale provvedimento dell'organo di controllo.

La questione, pervenuta alla S.C., fu assegnata all'esame della Sezione V. La quale, dopo aver analizzato il caso e dopo aver rilevato la sussistenza del profondo contrasto giurisprudenziale sulla materia, ritenne di dover investire del compito di offrire una soluzione al problema le Sezioni Unite. L'ordinanza di remissione¹⁷⁸ ricalca i principali orientamenti interpretativi in materia in esame, soffermandosi soprattutto sulla già citata "sentenza Minervini", data la sua importanza, per ciò che concerne in particolar modo l'individuazione dell'esatto ambito soggettivo dei poteri conferiti al g.i.p. dall'art. 409 commi 4 e 5. Se si considera, poi, che nell'ordinanza impugnata dal Procuratore di Lucca si imponeva anche l'iscrizione di un soggetto non indagato nel registro dell'art. 335, ben si spiega come il riferimento alla sent. 22909/2005 fosse assolutamente inevitabile.

Sul punto, è stata la stessa Sezione V a precisare che, mentre il discorso relativo alla possibilità di ordinare l'iscrizione di nuovi soggetti nel registro degli indagati va ritenuta pacifico (al pari dell'abnormità dell'imputazione *iussu iudicis* disposta nei confronti di un soggetto non indagato)¹⁷⁹, forti dubbi permanevano sulla sussistenza del potere di

¹⁷⁸ L'ordinanza Sez. V 27805/2013 è pubblicata in *Diritto penale e processo*, 2014, III, p. 315.

¹⁷⁹ In tal senso, si legge nell'ordinanza Cass. Sez. V 27805/201: «Dopo l'intervento delle Sezioni Unite la giurisprudenza di legittimità sembra sostanzialmente omogenea nel ritenere abnorme il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari, richiesto dell'archiviazione del procedimento, all'esito dell'udienza camerale disponga l'imputazione coattiva nei confronti di persone non precedentemente iscritte nel registro degli indagati, chiarendo in proposito come il provvedimento in questione non presenti mero carattere d'impulso rispetto all'inerzia del pubblico ministero, bensì vera e propria natura sostitutiva dei poteri propri del titolare dell'azione penale, risultando, per il suo contenuto, del tutto estraneo allo

ordinare l'esercizio dell'azione penale per reati non oggetto di indagine. Secondo quanto indicato nell'ordinanza di remissione, infatti, ciò che si chiedeva alle S.U. era una pronuncia sulla seguente questione:

«se sia abnorme il provvedimento con cui il g.i.p., investito dalla richiesta di archiviazione per un determinato reato, ravvisando anche altri reati nei fatti oggetto del procedimento, ordini al Pubblico Ministero di formulare l'imputazione ex art. 409 c.p.p., in riferimento a questi ultimi».

III.5.2. La soluzione delle Sezioni Unite

La risposta delle Sezioni Unite al quesito formulato dalla Sezione V giunge con la sentenza 4319 del 28 novembre 2013, con la quale viene affermato il seguente principio di diritto:

«Esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari e costituisce, pertanto, atto abnorme, sia l'ordine di imputazione coatta ex art. 409, comma 5, cod. proc. pen. nei confronti di persona non indagata, sia il medesimo ordine riferito all'indagato per fatti diversi da quelli per i quali il pubblico ministero abbia chiesto l'archiviazione».

Come facilmente si deduce dalla massima appena riportata, con la sentenza *de qua* la Cassazione ha ritenuto di aderire a quell'orientamento - minoritario nella precedente giurisprudenza di legittimità - che riteneva abnorme l'imputazione coatta pronunciata con riferimento a reati non oggetto di preventiva indagine da parte del magistrato inquirente. Si tratta di una decisione auspicata da gran parte della dottrina, sicuramente più in linea con il dettato codicistico, più compatibile con la struttura generale del nostro processo penale e, in particolare, con la sua evoluzione in senso accusatorio.

schema legale dei provvedimenti del giudice della fase».

A ben guardare, infatti, le Sezioni Unite si sono trovate di fronte alla necessità di porre un punto fermo al continuo scontro tra i diversi principi costituzionali che, nel 1988, ha generato l'istituto ibrido e compromissorio dell'imputazione coatta. Infatti, i due orientamenti, cui si è fatto accenno con riferimento all'estensione delle funzioni del g.i.p. , altro non sono che trasposizioni in termini pratici di due contrastanti tendenze: quella a far risaltare la necessità di tutelare il principio dell'azione penale (anche attraverso l'interpretazione estensiva dei poteri dell'organo di controllo); e quella ad una effettiva attuazione dei principi accusatori, primo fra tutti quello del *ne procedat iudex ex officio*.

Nel sancire l'abnormità dell'ordinanza di imputazione coatta relativa a reati non iscritti e non oggetto di indagini da parte della pubblica accusa, le Sezioni Unite hanno indiscutibilmente optato per il secondo orientamento; e ciò pur senza prescindere dalle valutazioni che, sin dall'entrata in vigore del "codice Vassalli", sono state operate dalla Corte costituzionale sul complicato rapporto tra l'art. 112 Cost. e il nuovo schema processuale introdotto nel 1988. Proprio sulla base delle indicazioni offerte dal Giudice delle leggi (anche di quelle che sembravano estendere la portata del controllo del g.i.p.), la Cassazione ha elaborato il principio suddetto. Infatti, non si nega la necessità (evidenziata dalla Corte costituzionale nella sent. 88/1991) di un controllo giurisdizionale sulla scelta del p.m. di rinunciare all'esercizio dell'azione; si afferma, tuttavia, che tale controllo deve essere circoscritto entro limiti precisamente indicati¹⁸⁰. Difatti, una corretta individuazione dei confini dei poteri

¹⁸⁰ Come si legge nella sentenza in esame: «Si può, pertanto, affermare, sulla scia dell'indirizzo interpretativo già espresso dalle Sezioni Unite, che le disposizioni dell'art. 409, commi 4 e 5, cod. proc. pen., concernenti i poteri di intervento del giudice delle indagini preliminari sull'esercizio dell'azione penale, devono formare oggetto di

giurisdizionali nel procedimento di archiviazione è assolutamente necessaria, non soltanto perché la separazione tra le funzioni inquirenti e giudicanti è un principio fondante del modello accusatorio, ma - ancor di più - perché la stessa separazione rappresenta una condizione necessaria a garantire la terzietà e l'imparzialità del giudice, come imposte anche dal cosiddetto "giusto processo"¹⁸¹.

Si spiega in tal modo la decisione di discostarsi dal precedente orientamento maggioritario, che tendeva a estendere le prerogative del g.i.p. Le S.U. non hanno ceduto di fronte a interpretazioni che, in nome di una migliore funzionalità dell'istituto, finivano con il porsi in una posizione eccessivamente distante dallo spirito codicistico; ed hanno scelto di aderire alla *voluntas legis*. Tale linea è stata del resto accolta non soltanto per ciò che concerne il profilo oggettivo della questione: sul solco della "sentenza Minervini", le S.U. hanno per la prima volta affermato espressamente l'abnormità dell'ordinanza di imputazione *iussu iudicis* emessa nei confronti di un soggetto non indagato, adducendo:

«E' evidente, infatti, che siffatto provvedimento costituisce un indebita ingerenza del giudice nei poteri dell'organo inquirente, non solo di indagare, a tutto campo, nei confronti della persona non contemplata nella richiesta di archiviazione, ma soprattutto di adottare autonome determinazioni all'esito delle indagini espletate. - L'ordine di imputazione coatta nei confronti di un soggetto

interpretazione estremamente rigorosa, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa»

¹⁸¹ Sul punto, le S.U. motivano in questo modo: «E' noto, poi, che il legislatore del 1988, ai fine di assicurare la terzietà del giudice, stabilita dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita dall'Italia con la legge 4 agosto 1955. n. 848, ed attualmente dall'art. 111, secondo comma, della Costituzione, ha nettamente distinto le funzioni inquirenti, attribuite in via esclusiva al pubblico ministero, da quelle giudicanti.

Alla luce degli indicati parametri di ordine costituzionale, pertanto, devono essere individuati e delimitati i poteri di intervento attribuiti al g.i.p. allorché venga azionato dal pubblico ministro il procedimento di archiviazione».

non sottoposto ad indagini determina inoltre una lesione dei diritti di difesa dello stesso, non essendo la persona rimasta estranea alle indagini destinataria dell'avviso ex art. 409, comma 1, cod. proc. pen. e non avendo partecipato all'udienza camerale, con la conseguente discovery delle risultanze delle indagini».

Il quadro che emerge in seguito all'intervento delle Sezioni Unite è pertanto molto più chiaro: da un lato, permane il controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione e vengono ribaditi sia il principio secondo il quale l'organo di controllo è competente a valutare l'intero complesso di atti investigativi posti in essere dal pubblico ministero, sia la legittimità dei poteri del giudice per le indagini preliminari indicati dall'art. 409, commi 4 e 5; dall'altro, viene preclusa al g.i.p. la possibilità di utilizzare il potere coercitivo di ordinare l'imputazione con riferimento a situazioni non prese in considerazione dal p.m. Questi, confermato come unico *dominus* dell'esercizio dell'azione penale, potrà essere obbligato non oltre i limiti dell'iscrizione di nuovi soggetti e nuovi reati nel registro dell'art. 335 c.p.p.

III.5.2. Questioni aperte e possibili soluzioni

In conclusione, è opportuno procedere a qualche considerazione circa la regolamentazione attuale dell'imputazione *iussu iudicis*, quale si è delineata proprio a seguito della sent. 4319/2014.

Per le motivazioni suesposte, la pronuncia delle S.U. ha sicuramente il pregio di aver chiarito, nell'unica direzione in grado di contemperare i diversi interessi costituzionali, la controversa vicenda dei rapporti tra obbligatorietà dell'azione penale e garanzie processuali accusatorie¹⁸². Con

¹⁸² In tal senso afferma ALONZI, *I poteri del giudice dell'archiviazione: verso il definitivo assestamento interpretativo?*, in *Cass. Pen.*, fasc.6, 2014, pag. 2043 che:

la sentenza che si annota, infatti, si è realizzato un (da tempo auspicato) equo temperamento tra il mantenimento del controllo giurisdizionale e il rispetto dell'autonomia funzionale dell'accusa.

Tuttavia, è indispensabile notare come la stessa pronuncia determini alcune complicazioni: in seguito ad essa riemergono e si alimentano alcune particolari problematiche, inerenti al potere previsto dall'art. 409 comma 5 c.p.p., profilatesi sin dalla sua comparsa nel nostro ordinamento. La circostanza che il controllo del g.i.p. sia ora sottoposto a limiti molto più serrati implica infatti il pericolo di una più semplice elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale da parte del p.m. Quali rimedi potranno ora essere in concreto utilizzati, nell'eventualità in cui il p.m. si determini illegittimamente a non esercitare l'azione penale e mantenga tale posizione anche a seguito dell'indicazione di nuove indagini e dell'ordine di iscrivere nuovi soggetti o nuovi reati? In che modo, cioè, potrà ricevere tutela il principio di obbligatorietà dell'azione penale, in seguito alla limitazione - posta in essere dalla pronuncia in commento - dello strumento dell'imputazione *iussu iudicis*?

Certamente, l'acuirsi del suesposto problema non può essere ascritto alla citata sentenza, sebbene in essa abbiano trovato conferma le contraddizioni, gli imbarazzi e le incertezze che caratterizzano l'istituto dell'imputazione coatta. Potrebbe addirittura sostenersi che la pronuncia delle S.U. funge da campanello d'allarme, utile a sollecitare sia una più approfondita e complessiva analisi dell'istituto in oggetto, sia l'adozione di soluzioni idonee a risolvere le problematiche ad esso connesse. Nel corso

«La suprema Corte, con la decisione in commento, ha forse inserito l'ultima tessera in quel mosaico che negli anni ha sapientemente composto per disegnare esegeticamente le trame dei rapporti che si sviluppano, all'interno del procedimento di archiviazione, tra il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari».

degli anni successivi all'entrata in vigore del "codice Vassalli", la giurisprudenza è più volte intervenuta per garantire una migliore applicazione dell'imputazione *iussu iudicis*, senza tuttavia riuscire a rimuoverne del tutto le intrinseche contraddizioni. Del resto, un compito così ampio e arduo non può che spettare al legislatore, l'unico legittimato a rinvenire soluzioni innovative in grado di eliminare le incertezze insite nell'istituto.

Proposte troppo ardite circa il superamento dell'obbligatorietà costituzionale dell'azione penale meritano in questa sede un semplice accenno, dal momento che implicano appunto la modifica della nostra Costituzione. È invece preferibile ragionare su altre soluzioni: ad esempio, particolarmente suscettibile di approfondimento appare la soluzione di sostituire il controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione con il controllo gerarchico demandato al procuratore generale presso la corte d'appello. Una siffatta soluzione, oltre a non derogare all'art. 112 Cost., trova autorevole conforto dottrinario nella già citata tesi del Dinacci¹⁸³ Considerevoli, inoltre, appaiono i vantaggi processuali che ne conseguirebbero: *in primis*, si realizzerebbe, in maniera piena e completa, la dinamica accusatoria cui tende ad ispirarsi nostro codice di procedura penale, attraverso una più marcata separazione fra funzione requirente e giudicante, presupposto ineludibile per il rispetto non solo formale delle guarentigie del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.; in secondo luogo, si eliminerebbe ogni incertezza circa la concreta efficacia dell'istituto, conferendo, altresì, maggiore celerità al procedimento.

Il superamento del controllo giurisdizionale nel procedimento archiviativo non rappresenta certo una soluzione priva di difficoltà e di

¹⁸³ (cfr. nota n. 41, pag. 29).

diffidenze. Esso, tuttavia, trova implicita conferma proprio nella pronuncia delle S.U. 4319/2014, che segna un graduale ma deciso affrancamento della nostra giurisprudenza da quei timori di elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che contrassegnarono nettamente la stesura del “codice Vassalli”. Timori che, a quasi trent'anni dall'introduzione del sistema accusatorio nel nostro ordinamento, appaiono estremamente datati se non del tutto infondati.

BIBLIOGRAFIA

ALONZI F., *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione - del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 3, p. 953;

ALONZI F., *La consulta ribadisce il suo no all'avviso di conclusione delle indagini preliminari in caso di imputazione coatta*, in *Giur. Cost.*, 6, 2012, p. 4527;

AMATO G., *I limiti del controllo del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione*, in www.procuratrento.it;

ANGIOLINI G., *I limiti del controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

APRILE E., *Osservazioni a Corte Cost. n. 286, 5 dicembre 2012*, in *Cass. Pen.* 2013, p. 1009;

APRILE E., *Imputazione coatta e inerzia del P.M.: per la Consulta il G.I.P. non può disporre d'ufficio la formulazione dell'imputazione*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 2469;

APRILE E., SILVESTRI P., *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, 2011;

ATZEI, *Limiti oggettivi ed efficacia vincolante dell'ordine di formulare l'imputazione ex art 409, 5° comma, c.p.p.*, in *GI*, 1997, II, 222;

AVELLA E., *I confini soggetti e oggettivi dell'imputazione coatta*, in *Archivio penale*, 2014, n. 2;

BARBARANO A., *Il p.m. è distratto? il gip non può rimediare. l'unica via è segnalare la notitia criminis*, in *Dir. e Giust.*, 2004, n. 47, p. 74;

BONGIORNO L., *I limiti del sindacato del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 190;

BORTOLOTTO G., *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *D.I.*, XV, II, Torino, 1904 – 1911;

CAIANELLO M., *Sull'abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi incamera di consiglio*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 3957;

CAIANELLO M., *Archiviazione*, in *Enc. Giur.*, Giuffrè, 2008;

CANTONE R., *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 184

CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994;

CARULLI N., *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo Codice di procedura penale*, Jovene, Napoli, 1989

CASSIANI A., *Sulla funzione di controllo del G.I.P. in merito alla richiesta di archiviazione del p.m.*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 2879;

CASSIBBA, *Sui poteri del G.I.P. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 2868;

CECANESE G., *I provvedimenti del G.I.P. sulla richiesta di archiviazione*, in *Cass. Pen.* 2014, p. 2768;

CELLETTI S., *Principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale ed ipotesi di archiviazione della notizia di reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 351;

CHIAVARIO M., *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995;

- CHIAVARIO M., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1990;
- CIAVOLA A., *I poteri del G.I.P. in seguito al controllo della richiesta di archiviazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 795;
- COCOMELLO A., *Abnormità dell'ordine di imputazione coatta e impugnabilità*, in *Cass. Pen.*, 2005, Supplemento n. 04, p. 232;
- COLAMUSSI M., *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del G.I.P. sulla richiesta di archiviazione del P.M.*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 3436;
- CONSO G., GREVI, NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Cedam, 1992;
- CONTI C., *L'archiviazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, 2009;
- CORDERO F., *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958;
- CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996;
- CORDERO F., *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2006;
- DANIELE M., *Poteri e controlli G.I.P. - P.M., ecco la mappa*, in *Dir. e Giust.*, 2005, n. 28, p. 41;
- DIDDI A., *Il dissenso del g.i.p. dalla richiesta di archiviazione tra configurabilità del conflitto e problemi di costituzionalità*, in *GP*, 1991, III, 237;
- DINACCI F.R., *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. Pen.* 1991, II, p. 579 ss.;

- FANUELE C., *“Imputazione coatta” relativa a un reato o a un indagato non considerato nella richiesta di archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1277;
- FERRUA P., *Il ruolo del Giudice nel controllo delle indagini e dell’udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990;
- FIFI S., *Giudice monocratico, chiusura delle indagini e giusto processo*, in *Cass. Pen.* 2004, p. 2618;
- GABRIELLI C., *Quid iuris qualora i p.m. disattenda l’ordine del g.i.p. di formulare l’imputazione? Il giudice rimettente parla alla Corte Costituzionale perché il legislatore intenda*, in *Giur. Cost.*, 2, 2014, p. 1709;
- GANDOSSI E., *Archiviazione*, in *D.I.*, 1987;
- GARUTI G., *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in AA.VV., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, volume V, Utet, Torino, 1999;
- GAITO A. (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Utet, 2009;
- GIARDA, *Ricordo del giudice inquirente o esigenze di simmetria sistematica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1166;
- GIOSTRA G., *Controllo giurisdizionale sull’esercizio dell’azione penale (nota a margine alla sentenza della Corte Costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 2669;
- GIOSTRA G., *L’archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Giappichelli, Torino, 1994;
- GIOSTRA G., *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Treccani, vol. I, p. 2;

GRASSI: *Appunti per una questione di costituzionalità degli artt, 409, quarto e quinto comma, e 554, secondo comma, c.p.p., come modificato dalla sent. n. 445/90 della Corte Costituzionale*, in *ANPP*, 1992, 311;

GREVI V., *Equivoci da chiarire sulla funzione del giudice e del pubblico ministero nella fase preliminare*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, Torino, Giuffrè, 1990, p. 206;

GREVI V., *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1274;

GRIFFO M., *P.M. e G.I.P.: se scatta l'imputazione coatta. Ecco tutti i nodi dell'udienza preliminare*, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 33, p. 52;

ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, vol. 1, 1988;

KOSTORIS R., *Per un'obbligatorietà temperata dell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2007, 875 ss.;

LATTANZI G., LUPO E., *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V. 4, Aggiornamento 2003-2007, Giuffrè, 2008;

LEO G., *Alle Sezioni unite, nuovamente, il problema dei poteri del giudice dell'archiviazione riguardo a fatti e persone non compresi nella richiesta del pubblico ministero*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;

LOZZI G., *Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondate e preoccupazioni inconsistenti*, *LP*, 1990, 639;

LOZZI G., *L'udienza preliminare*, in *Riflessioni sul nuovo processo penale*, 2^a ed., Torino 1992;

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 7^a ed., Torino, 2006;

MACCHIA A., *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, in *Cass. pen.*, 10, 1998, pag. 2741;

MARZADURI E., *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, 2003.

MACRILLO' A., *Provvedimenti abnormi e limiti al potere del G.I.P. in materia di archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 973;

MONTANILE R., *L'imputazione coatta tra contrasti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, p. 457;

MONTONE S., *Nuovo codice e prassi applicative : spunti di riflessione sulle indagini preliminari*, in *Congresso nazionale di diritto penale. I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma, il nuovo Codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore* p. 325-340;

MURONE M., *Obbligatorietà dell'azione penale e formulazione dell'imputazione di cui all'art. 409 c.p.p.*, in *GP*, 1991, III, 214;

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè 2007;

NEPPI MODONA G., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO – V. GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, IV ed., CEDAM, Padova, 1996;

NUZZO, F., *Nel caso di imputazione coatta il diritto di difesa è garantito: non è necessario l'avviso ex art. 451 bis c.p.p.*, in *Cass. Pen.* 2003, p.1170;

PADULA L., *L'archiviazione: modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005;

PELLEGRINI GRINOVER A., *Lineamenti generali del nuovo processo in america latina e punti di convergenza con il modello italiano*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, Torino, Giuffrè, 1990, p. 137;

PIERANGELI M., *Pubblico ministero, giudice ed esercizio dell'azione penale: tra esigenze costituzionali, conflitti di attribuzione e principio di leale collaborazione*, in *Giur. Cost.*, 2010, p.3696;

PONCET D., *Riforme in senso accusatorio ed esigenze correlative*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, Torino, Giuffrè, 1990, p. 101;

RIGO F., *Archiviazione, principio del contraddittorio e poteri del G.I.P.*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 1562;

SAMMARCO A., *La richiesta di archiviazione*, Giuffrè, 1993;

SANTALUCIA G., *Illegittimità costituzionale dell'art. 405, comma 1-bis, c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3291

SANTORIELLO C., *In tema di richiesta di archiviazione e poteri del G.I.P.*, in *Giur. It.*, 2005, p. 605;

SCARPIELLO C., *L'archiviazione*, CEDAM, 2002;

SEGHETTI A.V., *Dissenso tra p.m. e g.i.p. sulla competenza e conflitto analogo*, in *Riv. dir. proc. pen*, 1991, p. 300;

SPANGHER G., *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, in AA.VV., *Le riforme complementari: il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, Padova, 1991;

SPANGHER G., *Citazione diretta, imputazione coatta, art. 415 bis c.p.p.*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3822;

TAORMINA C., *Diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 1991;

TAORMINA C., *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale alle soglie del nuovo codice di procedura*, in *Giust. Pen.*, 1988, III, pag. 129;

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, XV ed., Giuffrè, Milano, 2014;

TRANCHINA G., *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989;

VALENTINI E., *Interferenze inedite tra la vicenda cautelare e l'esercizio dell'azione penale: il comma 1- bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 4273;

VALENTINI REUTER C., *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, CEDAM, 1994;

VARONE F., *Formulazione dell'imputazione iussu iudicis, contraddittorio camerale e invalidità dell'atto processuale*, in *Giur. It.*, 1, 2008.

