

INTRODUZIONE

DALLA NASCITA ALLA ‘METAMORFOSI’ DELL’ARCHIVIAZIONE

1: L’origine dell’istituto: la prassi di spedire all’archivio nella vigenza del codice del 1865.

Nel codice di procedura penale del Regno d’Italia non esisteva una disciplina normativa dell’archiviazione. L’istituto aveva trovato vita nella prassi per cui il procuratore del Re, senza richiedere alcunché all’organo giurisdizionale, spediva gli atti all’archivio allorquando ritenesse che la denuncia o la querela fosse priva di qualsiasi fondamento.¹

Dalla prassi nacque la denominazione dell’istituto stesso, ancora oggi utilizzata dal legislatore.²

La ragion d’essere dell’istituto va ricercata nella sua origine³. Da un lato la funzione fu fin dall’inizio quella di rispondere ad una precisa esigenza pratica ossia evitare un uso antieconomico del processo penale, in quanto esso comporta dei costi

¹ Cfr. C. VALENTINI REUTER *le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale*, Padova, 1994: per dir la verità «l’archiviazione, come segmento procedimentale più o meno articolato e, quindi come istituto identificabile, nasce nel momento in cui lo Stato è disposto a concepire se stesso come soggetto di diritto le cui esplicazioni potestative abbiano da essere trasparenti e, dunque, controllabili; nel momento in cui, in una parola, trova esplicazione concreta il cosiddetto *Rechtsstaat*», *ivi* pag. 75.

² Alla dottrina del tempo il termine pareva esser poco consona alla terminologia giuridica: «brutto di sapore chiaramente burocratico» G. SABATINI in *Novissimo Digesto italiano*, II; Torino, 1958; voce *azione penale (impromovibilità della)* p. 73. E ancora per autorevolissima dottrina l’espressione “trasmissione atti all’archivio” era definita «di gergo, senza finezza né precisione» G. CARNELUTTI, in *lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, II, p. 46.

³ Il concetto di archivio risale al periodo classico, con il termine latino *Archivum* o *archium* (proprio del solo linguaggio colto) si indicava già in epoca imperiale quell’attività consistente «nell’accantonamento e nella conservazione dei “detriti” del potere, di ciò che residua dopo il suo esercizio e la sua consumazione» così C. VALENTINI REUTER *le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale op. cit.*, pag. 68. Così anche G. GIOSTRA *L’archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994 pag. 1.

(non solo in termini essenzialmente economici ma soprattutto per l'indagato, esposto già ai tempi al nocimento della gogna mediatica), in tutte le ipotesi in cui l'accertamento giurisdizionale fosse stato palesemente superfluo⁴.

Da altra prospettiva non è un caso che una prassi del genere si affermi in un sistema nel quale operava in primo luogo il principio di legalità dell'illecito penale e in secondo luogo il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Il principio di legalità implicava che il procuratore del Re dovesse verificare che il fatto fosse punibile dalla legge penale. Il principio di obbligatorietà era ricavato da alcune disposizioni codicistiche: art 1 c.p.p. 1865 «ogni reato dà luogo ad un'azione penale; art 42 c.p.p. il procuratore del Re ha il compito di promuovere e proseguire le azioni penali derivanti da delitti; art. 43 c.p.p. il pubblico ministero deve richiedere l'istruzione o la citazione diretta quando gli pervengono denunce, querele, verbali, rapporti, o notizie di un reato». Dall'operatività di questi due principi si riteneva che, nell'ipotesi in cui di reato non si trattasse, il procuratore fosse legittimato all'inazione.⁵

Il tarlo di questa prima forma di manifestazione dell'archiviazione in via di prassi era la deficienza in termini di controllo giurisdizionale o gerarchico, il rischio era la degenerazione in un sistema basato sul principio di opportunità dell'azione penale anziché sull'obbligatorietà, nonostante la maggior parte della dottrina osteggiasse apertamente questa scelta considerandola anacronistica⁶. Per ovviare al problema la dottrina propose di ridimensionare il monopolio sull'esercizio dell'azione penale

⁴ Così F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, pag. 1025; L'autore tuttavia ritiene che nel sistema del c.p.p. 1865 non operasse il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Come si vedrà in realtà è proprio da questo principio che si ebbe la necessità di "autorizzare" il procuratore al non esercizio dell'azione penale.

⁵ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, Napoli, 1994 pag. 6.

⁶ F. CORDERO *Enc. Dir., op cit.*, pag. 1025.

attribuito all'organo pubblico⁷. Si proponevano più soluzioni: riconoscere il potere di azione a qualsiasi privato cittadino; ampliare le possibilità di coinvolgimento della persona offesa nell'esercizio dell'azione penale; consentire alla parte lesa di richiedere l'intervento dell'organo giurisdizionale affinché costringesse il procuratore del Re a procedere.⁸ Tuttavia la strada presa dal legislatore fu quella di introdurre il controllo giurisdizionale sull'inazione. Il giudice in quanto organo terzo e imparziale sarebbe stato l'unico che avrebbe, sia garantito la conformità legale dell'astensione del pubblico ministero, sia rafforzato le prerogative dei privati (sebbene accantonate le proposte di esercizio dell'azione penale da parte dei privati), in quanto le denunce e le querele sarebbero state poste all'esame dello stesso⁹.

2: La disciplina nel codice del 1913.

Nel 1913 vede la luce la prima disciplina dell'archiviazione contenuta in un codice italiano. L'art 179 c.p.p. 1913 prevedeva che il procuratore del Re «se giudicava che per il fatto non si dovesse promuovere l'azione penale... richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto». Il giudice qualora non avesse accolto la richiesta avrebbe pronunciato con ordinanza il proseguimento dell'istruzione in via formale¹⁰.

Disciplina che preannuncia l'attuale, strutturata e imperniata sul controllo

⁷ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*

⁸ Questa soluzione venne accolta nel codice per la colonia eritrea del 1909 in cui era prevista la possibilità che la persona offesa querelante presentasse reclamo al giudice e ottenere in caso di accoglimento la restituzione degli atti al procuratore. (art 140).

⁹ Relazione al progetto preliminare del 1905

¹⁰ Il rito sommario si differenziava dal rito formale «sostanzialmente per l'organo che lo conduce(va) e per la mancanza di un controllo giurisdizionale sul rinvio a giudizio» così P. TONINI *La scelta del rito istruttorio nel processo penale*, Milano, 1974 pag. 25; La disciplina del codice 1913 prevedeva ipotesi tassative in cui bisognava procedere obbligatoriamente col rito istruttorio. *Vedi amplius TONINI, op. cit.*

giurisdizionale¹¹, determinante ancora oggi una «necessaria relazione dialettica»¹² fra organo inquirente e organo requirente. Attraverso questo meccanismo si intendeva assicurare la prevalenza del principio di legalità su quello di opportunità¹³

La nuova previsione non fu esente da critiche. Venivano a sovrapporsi i ruoli del pubblico ministero e del giudice e fin da ora si evidenziavano i problemi di frizione col principio *iudex ne procedat ex officio*. Non erano previsti i presupposti per la richiesta del decreto di archiviazione. Autorevole dottrina riteneva che la legittimazione al non esercizio dell'azione fosse possibile solo in presenza di una notizia di reato che risultasse essere infondata *ictu oculi* ossia in presenza di ipotesi in cui il fatto fosse stato inverosimile o totalmente avulso dal limite legale delineato dalla fattispecie tipica.¹⁴ Parte della dottrina estendeva poi l'infondatezza fino a ricomprendervi le ipotesi di sussistenza di una causa estintiva e mancanza di una condizione di procedibilità. Il problema interpretativo maggiormente problematico era tuttavia costituito dal sovrapporsi del provvedimento di archiviazione con la sentenza di proscioglimento istruttorio. Ciò derivava dal non essere previsto espressamente in una norma quale fosse il momento in cui l'azione penale venisse esercitata, in particolare nel caso di citazione diretta¹⁵, la quale poteva essere preceduta da un'attività d'istruzione sommaria¹⁶. Compiuta un'attività istruttoria, sebbene solo sommaria, di fronte all'infondatezza della

¹¹ C. CONTI *l'archiviazione, in Trattato di proc. Pen. Vol. III, Sez. II, Cap. II*, (a cura di) G. SPANGHER, Torino, 2009 pag. 730.

¹² F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, pag. 1026

¹³ E. GANDOSI voce *archiviazione* in *Digesto delle discipline penalistiche*, pag. 245.

¹⁴ V. MANZINI *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ord. Giudiziario*, II, Milano, Torino, Roma, 1914 pag. 281.

¹⁵ La citazione diretta assumeva una rilevanza particolare nel codice del 1913 e corrispondeva all'«esigenza di ottenere un procedimento più veloce, grazie ad un rito che non prevedeva la presenza di un giudice e le conseguenti maggiori formalità. (...) un processo che addivenisse subito ad una istruzione dibattimentale.» P. TONINI *la scelta del rito istruttorio, op. cit.*, pag. 22.

¹⁶ In sintesi, il p.m. poteva compiere in via di istruzione sommaria atti istruttori urgenti, perizie, perquisizioni, ispezioni, sequestri il cui utilizzo in dibattimento era subordinato al rispetto delle norme dell'istruzione formale. Altri atti istruttori dovevano essere richiesti al giudice istruttore. in P. TONINI *la scelta del rito istruttorio*.

notizia di reato nessun criterio stabiliva quale provvedimento avesse dovuto richiedere il pubblico ministero.

Il punto diventa assai problematico in relazione alla differente efficacia preclusiva che dottrina e giurisprudenza del tempo riconoscevano ai due provvedimenti. Solo la sentenza di proscioglimento impediva la riapertura delle indagini in difetto di nuove prove (art. 295 c.p.p. 1913). Il decreto di archiviazione emesso dal giudice non impediva la riapertura da parte dello stesso pubblico ministero che aveva richiesto di provvedere in tal senso¹⁷.

3: L'archiviazione nel codice "fascista" del 1930.

Nel dettato normativo del c.p.p. del 1930 la decisione in merito al provvedimento di archiviazione tornava ad essere esclusivamente in mano a pubblico ministero. L'art 74 c.p.p. 1930 prevedeva: «quando il pubblico ministero ritiene 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 allo 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». Il provvedimento assumeva natura amministrativa¹⁸, era inoppugnabile e non in grado di produrre un effetto preclusivo verso qualsiasi

¹⁷ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*

¹⁸ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993 per cui tra l'altro il termine «archiviazione» indicava non solo un'attività di natura essenzialmente amministrativa ma il risultato pratico della stessa. *Ivi* pag. 1.

mutamento di opinione del pubblico ministero. L'archiviazione, sulla base del disposto normativo, era possibile anche all'esito dell'istruzione sommaria, tuttavia, vi era chi riteneva precluso il provvedimento perfino alla sola conclusione della fase preistruttoria¹⁹ ponendosi in contrasto con quanto invece prevedeva la norma.

In coerenza col regime fascista²⁰ il diritto di difesa fu cancellato nella fase istruttoria che fu resa segreta; il pubblico ministero fu incardinato all'interno del potere esecutivo e gli furono attribuiti i medesimi poteri istruttori e coercitivi che erano attribuiti al giudice istruttore.²¹ In questo contesto l'archiviazione era lo strumento che permetteva «al governo di bloccare fin dall'inizio il processo penale nei confronti degli "amici" del partito al potere»²². In sostanza attraverso il rito sommario era possibile eludere le formalità riconnesse al rito formale. L'organo esecutivo, mentre poteva rinviare a giudizio velocemente i propri oppositori, nel caso opposto poteva far durare il rito sommario a lungo con tutti i benefici a ciò conseguenti²³. Il quadro era aggravato dall'assenza di garanzie di indipendenza e inamovibilità sia per i giudici che per i pubblici ministeri. Sin dal 1923 il ministro era in grado di determinare il passaggio di carriera e di operare trasferimenti²⁴. I presupposti per richiedere l'archiviazione furono attentamente individuati dalla dottrina, i casi erano tassativamente indicati nella norma²⁵. Premesso ciò è evidente che il criterio di scelta fra azione e inazione era in

¹⁹ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, op. cit.

²⁰ Cfr. P. TONINI *Manuale di procedura penale* Milano, 2017 «Il regime politico totalitario trova nel sistema processuale inquisitorio lo strumento di potere più efficace. (...) il potere politico può far iniziare, o anche fermare, il processo penale; può far assumere o meno le prove; può favorire o meno gli appartenenti alla propria fazione». pag. 11.

²¹ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, op. cit., pag. 26.

²² P. TONINI *Manuale di procedura penale*, op. cit., pag. 26.

²³ P. TONINI *la scelta del rito istruttorio*, op. cit., pag. 10.

²⁴ P. TONINI *Polizia giudiziaria e magistrature, profili storici e sistematici*, Milano, 1979 pag. 214.

²⁵ Vedi amplius F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, op. cit.

realità rimesso all'arbitrio di un ufficio amministrativo con il placito benessere del principio di legalità e obbligatorietà dell'azione penale.

Sotto diversa prospettiva è da notare che la nuova disciplina introduceva l'innovazione del controllo gerarchico che fu elogiato dalla dottrina dell'epoca²⁶. Il guardasigilli osservava che il pubblico ministero è l'organo più adatto a garantire l'interesse pubblico alla repressione dei reati mentre il giudice è per sua inclinazione naturale portato più a procedere che ad archiviare²⁷.

4: Le modifiche dopo il d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288.

Le esigenze di porre rimedi ai diversi abusi del processo compiuti dal regime fascista furono oggetto di due interventi legislativi nell'immediato dopoguerra. La legge Togliatti del 30 maggio 1946 recise il vincolo gerarchico che operava tra ministero della giustizia e uffici di procura sostituendolo con più generali poteri di vigilanza. L'art 6 del d.l.l. n. 288 14 settembre del 1944 modificava l'art 74 del c.p.p. reintroducendo il controllo giurisdizionale del c.p.p. del 1913 ma attraverso una disposizione piuttosto laconica. Il nuovo comma 3 prevedeva: «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». La norma lasciava in sospeso praticamente tutte le questioni interpretative più rilevanti²⁸: quali fossero i presupposti sostanziali e il limite temporale del provvedimento; la natura giuridica e l'efficacia

²⁶ E. GANDOSSÌ voce *archiviazione* in *Digesto delle discipline penalistiche*, pag. 246

²⁷ Relazione al codice 1930.

²⁸ «La norma era assolutamente silente proprio sul *punctum dolens*» così C. VALENTINI REUTER *le forme di controllo, op cit.*, pag. 83.

preclusiva; si poneva confusione con l'atto di esercizio dell'azione penale che alcuni identificarono nella stessa richiesta di archiviazione.

4.1: Archiviazione e azione penale.

Parte della dottrina sosteneva che l'azione penale fosse individuabile, in astratto, in una qualsiasi generica richiesta della parte pubblica verso il giudice²⁹. La richiesta di archiviazione investiva il giudice della pronuncia sulla manifesta infondatezza della *notitia criminis* che al pari di una richiesta di proscioglimento, per mancanza di una condizione di procedibilità, costituiva un'ipotesi di accertamento negativo³⁰. Tale posizione scaturiva da un'interpretazione dell'art 112 Cost. per la quale non erano previste ipotesi di non esercizio dell'azione; in tal senso la richiesta di archiviazione non avrebbe potuto costituire un'autonoma deliberazione dello stesso p.m. sul non agire³¹.

Altra dottrina sosteneva invece che l'azione penale avesse natura concreta. Il pubblico ministero promuovendo l'azione penale esprimeva la pretesa punitiva dello Stato che sussisteva solo allorquando vi fosse stato un reato. Di fronte a un non reato, versandosi in ipotesi di infondatezza, non si avrebbe potuto avere esercizio dell'azione penale e dunque l'archiviazione non ne era espressione³².

4.2 Archiviazione e proscioglimento istruttorio.

Il riferimento per la soluzione di tutti i problemi interpretativi posti dall'art 74 c.p.p. era costituito dall'individuazione dei criteri sulla base dei quali il p.m. avrebbe

²⁹ C. VALENTINI REUTER *le forme di controllo, op cit.*, pag. 85

³⁰ G. SABATINI *voce azione penale, op. cit.*, pag. 77

³¹ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag.204; In questo senso G. LEONE *Trattato di diritto processuale penale*, vol I, 1961, pag. 122

³² A. DALIA, *il decreto di archiviazione*, Milano, 1968 pag. 17. L'autore tuttavia non assume una posizione sul punto.

dovuto richiedere il provvedimento di archiviazione ovvero il proscioglimento istruttorio³³.

La manifesta infondatezza costituiva, nella norma modificata, il presupposto per la richiesta del provvedimento. Diverse furono le interpretazioni. Alcuni ritennero che ‘‘manifesta’’ era da intendersi quella notizia di reato che fosse apparsa *ictu oculi infondata* prima del compimento di qualsiasi atto di istruzione. Rientravano in questa ipotesi le cosiddette pseudonotizie di reato ma anche ipotesi di non punibilità come la sussistenza di una preclusione *pro iudicato*. In dette ipotesi l’accertamento processuale sarebbe stato «sovrabbondante»³⁴. Potevano giustificare un provvedimento di archiviazione anche altre ipotesi nelle quali l’infondatezza fosse stata accertata all’esito della preistruzione come l’inesistenza di un elemento oggettivo del reato, la mancanza di una condizione di procedibilità, infondata attribuzione di un fatto penalmente rilevante alla persona indicata nella notizia di reato, la presenza obiettiva di una causa di giustificazione³⁵. Rientravano nelle ipotesi di proscioglimento: la mancanza, l’insufficienza o la contraddittorietà delle prove e i casi di non imputabilità del soggetto a maggior ragione qualora dovesse applicarsi una misura di sicurezza poiché si presuppone comunque la necessità di accertare un fatto penalmente rilevante carico del suo disvalore sociale³⁶.

³³ Il d.l. n. 288 del 1944 non alterò la struttura del codice 1930. Il procedimento di svolgeva all’interno della fase preistruttorio, e nelle alternative o susseguenti istruzioni sommaria e formale. Erano previste ipotesi tassative e obbligatorie di istruzione sommaria. All’esito dell’istruzione il giudice poteva prosciogliere l’imputato su richiesta del p.m. ex art. 395 c.p.p. qualora fosse stata certa l’infondatezza della notizia di reato.

P. TONINI *la scelta del rito istruttorio*, op. cit.; *ivi* per un’analisi sulla necessità di un controllo giurisdizionale sulla scelta del rito.

³⁴ F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, pag. 1032.

³⁵ In merito alle cause di giustificazione: in tal senso F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, pag.1032 *contra* G. SABATINI *voce azione penale*, op. cit., pag. 75 il quale ritiene necessario per esse sempre e in ogni caso necessario un accertamento fattuale circa la loro sussistenza.

³⁶ F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, pag.1032.

Le ipotesi di proscioglimento istruttorio andavano poi ricollegate al limite temporale entro cui potesse essere emanato il provvedimento di archiviazione. Secondo la maggior parte della dottrina questo poteva essere emanato entro la fase preistruttoria. Qualsiasi attività istruttoria precludeva la possibilità di archiviare. Ciò in quanto nel sistema del c.p.p. 1930 non esisteva il concetto di imputazione provvisoria³⁷ e di conseguenza al compimento di qualsiasi atto istruttorio si formulava un'imputazione che era destinata a essere definitiva. Con l'imputazione si faceva coincidere l'atto di esercizio dell'azione penale, in quanto irretrattabile, non era successivamente possibile richiedere il decreto di archiviazione. Altra dottrina faceva invece coincidere la necessità di una sentenza di proscioglimento nel momento in cui "sorgeva" il diritto di difesa³⁸ quindi a prescindere dall'essere l'atto compiuto, preistruttorio o di istruzione sommaria; nel momento in cui si ponevano le esigenze di garantire il diritto di difesa dell'imputato era necessario al contempo garantirlo attraverso una sentenza di proscioglimento in quanto dotata di efficacia preclusiva. Infine, un ultimo orientamento riteneva possibile il decreto di archiviazione anche all'esito dell'istruzione sommaria concependo l'istituto in un'ottica più garantistica³⁹. La manifesta infondatezza era il criterio che doveva essere seguito in ogni fase del processo. Determinare la possibilità di emanare due provvedimenti dotati di diversa efficacia preclusiva, sulla base di un criterio meramente temporale, sarebbe stato ingiusto⁴⁰.

4.3: La natura giuridica e l'efficacia preclusiva del decreto di archiviazione.

³⁷ A.A. SAMMARCO *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993.

³⁸ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, op. cit.

³⁹ Del resto, in alcune ipotesi il compimento di atti di istruzione formale sarebbe stato necessario per confermare meri sospetti su ignoti. Emblematica in questo senso l'autopsia su richiesta di istruzione formale allorché l'autore del reato sia comunque rimasto ignoto. In tal caso non sarebbe stato possibile pronunciare una sentenza di proscioglimento mancando le generalità dell'imputato. A. DALIA *Il decreto di archiviazione*, op. cit., pag. 136 nota 34.

⁴⁰ A. DALIA *Il decreto di archiviazione*, op. cit.

Il decreto di archiviazione era inoppugnabile, sia sotto il profilo del merito sia sotto il profilo della legittimità. Da questa premessa non ne discendeva la definitività, esso rimaneva un accertamento allo stato degli atti e in ogni caso la riapertura delle indagini era ammessa sulla base di una mera rivalutazione del quadro indiziario. Il decreto di archiviazione veniva così qualificato come un mero provvedimento di controllo sulla legittimità della scelta di non agire del p.m. privo di qualsiasi contenuto di accertamento sulla responsabilità penale dell'imputato⁴¹. La sentenza di proscioglimento istruttorio era invece un provvedimento impugnabile entro un termine, irrevocabile, che presupponeva l'instaurarsi di un processo e di esso segnava la conclusione; in breve era idonea a produrre gli effetti di giudicato⁴². In questa prospettiva la natura giuridica del decreto non poteva che essere amministrativa o ordinatoria come sosteneva gran parte della dottrina⁴³.

Non mancavano voci di dissenso non isolate, seppur minoritarie, che collocavano il provvedimento di archiviazione all'interno di una precisa funzione di garanzia. Lo scopo dell'archiviazione in quest'ottica sarebbe stato quello di evitare l'effetto infamante procurato dal processo ponendo immediatamente termine alla vicenda processuale. Il provvedimento andava del resto dettagliatamente motivato per una pluralità di ragioni⁴⁴: la richiesta del p.m. stesso era del pari sorretta da motivazione; il giudice svolgeva un controllo non soltanto circoscritto al rispetto della legalità e dell'obbligatorietà dell'azione penale ma anche verso le esigenze di garanzia nei confronti dell'imputato; l'art 111 Cost impone che tutti i provvedimenti

⁴¹ E. GANDOSSÌ voce *archiviazione*, *op. cit.*, pag. 250

⁴² F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, pag.1027.

⁴³ E. GANDOSSÌ voce *archiviazione*, *op. cit.*; F. CORDERO in *Enc. Dir. II.*, *op. cit.*.

⁴⁴ È appena il caso di notare che la disciplina normativa del c.p.p. 1930 nulla prevedeva in merito alla motivazione del decreto di archiviazione né all' art 74 c.p.p. né all'art 148 c.p.p. che disciplinava le ipotesi in cui la mancanza di motivazione determinava la nullità del relativo provvedimento.

giurisdizionali devono essere motivati. Su queste argomentazioni si costruiva una tesi che attribuiva al decreto di archiviazione natura giurisdizionale non riconoscendone tuttavia la possibilità di produrre effetto di cosa giudicata in quanto il dettato normativo impediva espressamente che un atto assumesse tale portata se non in virtù di una norma espressa. Per questa strada si riconosceva in ogni caso una certa definitività al provvedimento in quanto la riapertura delle indagini non sarebbe più stata possibile sulla base di una mera rivalutazione del quadro indiziario ma sarebbe stato necessario un *quid novi* che giustificasse un nuovo esercizio dell'azione penale⁴⁵.

5: La legge delega del 1974 e il progetto del 1978.

Il dibattito dottrinale durante la vigenza del codice del 1930 aveva portato in risalto quali fossero i maggiori punti problematici della disciplina dell'archiviazione.

Occorreva in primo luogo individuare precisamente quali fossero gli ambiti operativi del decreto di archiviazione e quali quelli della sentenza di proscioglimento; in secondo luogo si presentava come irrinunciabile necessità l'individuazione dell'atto di esercizio dell'azione penale; un terzo intervento avrebbe invece dovuto riguardare il rafforzamento del controllo sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale attribuendo un ruolo in tal senso anche alla persona offesa dal reato.

Un primo progetto di riforma vide la luce nel 1962, il progetto Carnelutti. Il processo nella sua fase iniziale era imperniato sul ruolo centrale dell'inchiesta preliminare. L'archiviazione era possibile sia immediatamente nelle ipotesi di infondatezza palese della notizia di reato sia in via differita alla conclusione

⁴⁵ Questo orientamento era in particolare sostenuto da A. DALIA *Il decreto di archiviazione, op. cit.*

dell'inchiesta preliminare. In questo modo tuttavia si riproducevano i rischi di un eventuale sovrapposizione del proscioglimento istruttorio con il decreto di archiviazione⁴⁶. Era inoltre attribuito un potere sollecitatorio in capo alla persona offesa che poteva richiedere l'intervento del procuratore generale affinché disponesse l'avocazione.

La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978 fissavano il principio di alternatività tra archiviazione e azione penale prevedendo che il p.m. esercitasse entro 30 giorni dalla notizia di reato l'azione penale o richiedesse l'archiviazione per manifesta infondatezza, gli atti compiuti oltre tale termine sarebbero caduti sotto la «mannaia dell'inutilizzabilità»⁴⁷. L'azione penale veniva individuata con l'imputazione⁴⁸. Venivano disciplinate due ipotesi di archiviazione, una fuori udienza e una in udienza. Nel caso in cui non vi fosse stata istanza di fissazione dell'udienza preliminare da parte della persona offesa il giudice per le indagini preliminari, ritenendo corretta la valutazione di manifesta infondatezza della notizia di reato, si pronunciava *de plano* con decreto. Nel caso invece in cui non avesse condiviso le valutazioni del p.m. avrebbe dovuto pronunciarsi con ordinanza di rigetto, formulare l'imputazione e fissare la data dell'udienza preliminare. In udienza preliminare il giudice non avrebbe più potuto disporre archiviazione ma eventualmente sentenza di proscioglimento.

Se la persona offesa o l'indiziato avessero presentato istanza di fissazione dell'udienza preliminare, il giudice istruttore poteva pronunciare archiviazione in udienza con decreto motivato⁴⁹ in contraddittorio fra le parti. La richiesta di fissazione dell'udienza

⁴⁶ Per ulteriori risvolti critici vedi F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 262 nota 1.

⁴⁷ C. VALENTINI REUTER *le forme di controllo, op. cit.*, pag. 92.

⁴⁸ Il legislatore negava così espressamente la natura di azione penale alla richiesta di archiviazione così F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*

⁴⁹ La forma di decreto in realtà mal si adattava ad un provvedimento emanato all'esito di un'udienza

preliminare doveva essere presentata entro 5 giorni dalla notifica della richiesta di archiviazione, eseguita a cura del p.m.. Il provvedimento di archiviazione non precludeva mai la riapertura delle indagini per il medesimo fatto tuttavia il p.m. una volta compiuto il primo atto di indagine doveva notificare avviso all'indagato.

La possibilità che l'indiziato potesse presentare opposizione all'archiviazione era dimostrazione del fatto che il legislatore considerava la sentenza di proscioglimento un provvedimento di gran lunga più favorevole e allo stesso tempo distinto dal decreto di archiviazione⁵⁰.

6: La legge delega del 1987.

Il legislatore delegante del 1974, pur proclamandosi pienamente aderente a un completo modello accusatorio, sembrava essere ancora troppo legato alla tradizione e non riusciva ad abbandonare la fase istruttoria condotta, seppur in via eccezionale, dal giudice istruttore. L'aspetto senza dubbio più significativo della legge delega del 1987 fu la rinuncia definitiva al giudice istruttore e con esso agli atti di istruzione, individuato fin dall'origine come uno degli obiettivi principali della riforma⁵¹. L'intervento giurisdizionale non era più successivo a una fase di investigazioni preliminari svolte dal p.m. bensì contestuale, instaurando tra organo dell'accusa e della difesa una necessaria relazione dialettica. Il ruolo del giudice non era più quello di assumere prove ma esclusivamente quello di garantire il rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale.

svolta in contraddittorio fra le parti; così F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 283

⁵⁰ G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo Codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989.

⁵¹ Relazione al disegno di legge n. 845 del ministro Morlino in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA., *Il nuovo Codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989. Pag. 47 e ss.

La direttiva n. 48 sanciva espressamente la ormai recepita specularità fra archiviazione e richiesta di rinvio a giudizio. La funzione delle indagini mutava radicalmente. Se nel sistema previgente il p.m. indagava in via di preistruzione allo scopo di qualificare soggettivamente e oggettivamente la notizia di reato ed eventualmente richiedere l'archiviazione prima del compimento di atti istruttori, nella legge delega risulta già evidente che gli atti compiuti in questa fase hanno come scopo quello di consentire la sostenibilità dell'accusa in dibattimento. Di conseguenza era innegabile riconoscere la possibilità di archiviare alla conclusione delle indagini stesse. Contestualmente viene meno la richiesta di proscioglimento istruttorio eliminando tutte le problematiche interpretative che erano sorte sul punto. L'archiviazione era basata sempre sul presupposto della manifesta infondatezza, la sentenza di non luogo a procedere sulla evidente innocenza dell'imputato (dir. n. 52). L'archiviazione veniva così a configurarsi come strumento di deflazione del carico dibattimentale in quanto sarebbe stata necessaria in tutte le ipotesi di esercizio superfluo dell'azione penale. In questo caso rientrava anche l'impossibilità di formazione della prova in dibattimento: per esempio l'ipotesi in cui il p.m. avesse preveduto che l'unico testimone a carico non si sarebbe presentato per la deposizione.

Venne mantenuta la natura di atto amministrativo o ordinatorio del provvedimento di archiviazione⁵² nel rispetto della tradizione normativa. Tuttavia, l'effetto che si determinò dal complesso delle modifiche legislative fu che l'archiviazione per l'inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio venne sostanzialmente a coincidere con le ipotesi di proscioglimento istruttorio che di fatto comportavano una garanzia di gran lunga maggiore. Contestualmente le ipotesi di

⁵² F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 320

infondatezza *ictu oculi*, che di fatto erano tra le poche ipotesi certe di archiviazione, sarebbero confluite all'interno del potere di destinazione delle notizie di reato⁵³.

7: Il codice di procedura penale del 1988.

Il nuovo processo penale risultante dall'attuazione della l. delega si fonda su tre principi fondamentali. Il principio della separazione delle funzioni processuali; il principio della ripartizione delle fasi processuali; il principio della semplificazione del procedimento.

Il principio di separazione delle funzioni processuali porta ad una netta distinzione tra le funzioni di accusa e difesa, nella fase delle indagini il ruolo di garante della legalità è svolto dal giudice per le indagini preliminari⁵⁴. Ad esso spetta il compito di decidere sul destino delle decisioni assunte dal p.m. alla conclusione delle indagini preliminari, funzione quest'ultima che in alcune ipotesi non è stata esente da critiche⁵⁵.

Le fasi processuali sono ripartite nella fase preprocessuale delle indagini preliminari, l'udienza preliminare che svolge la funzione di filtro, e il dibattimento. Muta radicalmente la concezione, non solo sotto il profilo terminologico, delle nozioni di procedimento e processo. Il procedimento indica l'intero fenomeno processuale considerato nel suo complesso ma in senso specifico indica quella fase preprocessuale che si avvia con l'iscrizione della notizia di reato e si conclude con l'esercizio

⁵³ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*

⁵⁴ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, Milano, 2017 pag. 36.

⁵⁵ In particolare, nel caso della cosiddetta imputazione coatta; vedi *infra* Cap. II. Par. 3.2.

dell'azione penale ovvero con l'archiviazione. Il processo indica la fase che si avvia con la formulazione dell'imputazione e si conclude con la sentenza definitiva⁵⁶.

Il principio della semplificazione dei procedimenti ha trovato attuazione attraverso la previsione dei cosiddetti riti alternativi. Semplificazione del procedimento può essere inteso come necessità di economia processuale. In questo contesto l'istituto dell'archiviazione assume un ruolo centrale in quanto fin dall'origine fu concepito come istituto di deflazione del carico dibattimentale in tutte le ipotesi in cui la notizia di reato fosse stata superflua.

Da queste premesse introduttive è facile notare che l'archiviazione ha un ruolo indiscutibilmente centrale in ognuna delle tre nervature fondamentali del processo penale. Non è un caso che, come abbiamo esaminato, nel corso degli anni il legislatore abbia sempre dedicato particolare attenzione alla sua disciplina. Può sicuramente accantonarsi la concezione dei primi commentatori del codice del 1930 che concepivano l'archiviazione come una «specie di quinta ruota del carro»⁵⁷.

7.1: La richiesta di archiviazione e l'esercizio obbligatorio dell'azione penale.

Il dibattito in assemblea costituente sull'obbligatorietà dell'azione penale vide concordi tutti gli esponenti delle forze politiche antifasciste⁵⁸. Affermare questo

⁵⁶ A. A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, op. cit., pag. 3; l'autore sottolinea inoltre che non è più possibile in questo contesto parlare di procedimento di archiviazione bensì di sola richiesta di archiviazione.

⁵⁷ F. CORDERO in *Enc. Dir.* II., pag. 1029.; *Contra* L. PADULA *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Milano, 2005, pag. 2. «l'archiviazione rappresenta una realtà residuale o se si preferisce, il corrispondente in negativo dell'azione penale».

⁵⁸ Non vi era invece comunanza di vedute sul ruolo da attribuire al p.m.. La proposta di Calamandrei era quella di inquadrare la parte pubblica del processo penale all'interno della magistratura. Di avviso diverso invece Leone che riteneva più opportuno fare del p.m. un organo di raccordo fra esecutivo e magistratura. A prevalere infine fu la proposta di compromesso dell'On. Targetti che propose di affidare alla legge sull'ordinamento giudiziario il compito di inquadrare la natura del p.m. G. MONACO *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003 pag. 273 e ss.; G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, V edizione, Milano, 2017, commento all'art 112 Cost.

principio in Costituzione era indispensabile in quanto la sua attuazione è imprescindibilmente collegata all'attuazione di altri principi costituzionali: L'indipendenza del p.m. (art. 101 Cost), il principio di legalità penale e processuale (art. 25.2 Cost. e 111.1 Cost.), l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost)⁵⁹.

Da un lato l'obbligatorietà serve a garantire l'indipendenza; da altro lato l'obbligatorietà può essere effettiva solo se l'organo che esercita l'azione penale è indipendente⁶⁰. Il principio di legalità implica che l'azione penale non vada esercitata in tutte le ipotesi in cui il legislatore, nella sua discrezionalità, non abbia previsto che un fatto sia penalmente rilevante in quanto non espressivo di un disvalore sociale. Non è da sottovalutare tuttavia che il p.m. compie in ogni caso un'attività valutativa che diversi qualificano come discrezionalmente vincolata⁶¹. In questo contesto tanto più la norma sarà propria del requisito della determinatezza tanto quanto il principio di legalità sarà assicurato⁶². Ad ogni modo è da escludere che una valutazione di questo tipo sia da inquadrare all'interno del principio di opportunità dell'azione penale. Infine, il principio di uguaglianza viene assicurato da un esercizio dell'azione penale che sia ispirato ai criteri della ragionevolezza e soprattutto della imparzialità dell'organo di accusa⁶³. Assicurare la giustizia per i non abbienti è un profilo da tenere in considerazione anche alla luce della particolare tutela che il c.p.p. del 1988 ha assicurato all'offeso.

⁵⁹ Corte Cost., 12 luglio 1979, n. 84, in *Giur. Cost.*, 1979.

⁶⁰ C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 732.

⁶¹ *Contra* M. CHIAVARIO *l'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995 pag. 55, il quale sostiene che in ogni caso non è possibile evitare influenze esterne e le propensioni personali; proprio per questo motivo il legislatore avrebbe previsto il requisito oggettivo della manifesta infondatezza.

⁶² A. A. SAMMARCO *La richiesta di archiviazione*, op. cit.; G. MONACO *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, op. cit.

⁶³ G. MONACO *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, op.cit.

L'obbligatorietà dell'azione penale non implica che ad ogni notizia di reato debba seguire necessariamente il processo⁶⁴. Un'interpretazione ragionevole della norma costituzionale impone che processo vi sia solo allorché la notizia di reato non appaia, all'esito delle indagini, infondata⁶⁵. Tra l'altro si sostiene in dottrina che il principio di obbligatorietà vada interpretato in via strumentale rispetto all'intera fase preprocessuale delle indagini preliminari sulla base dell'art. 326 c.p.p. il quale fa esplicito riferimento alle "determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale". Pertanto, in quest'ottica obbligatorietà non vuol dire esercizio in ogni caso dell'azione penale ma svolgimento delle indagini al fine di giungere ad una decisione⁶⁶.

Un esercizio superfluo dell'azione penale potrebbe poi comportare ulteriori conseguenze in quanto si esporrebbe l'imputato all'effetto infamante del processo e quindi si produrrebbe una conseguente frizione con la presunzione di innocenza⁶⁷. «La presunzione d'innocenza non costituisce soltanto un diritto soggettivo, bensì costituisce, dal punto di vista oggettivo, l'asse sul quale si poggia l'intera struttura del processo penale»⁶⁸. Se l'art. 112 Cost. fissa l'*an* dell'obbligatorietà dell'azione penale, l'art. 27.2 Cost. ne fissa il *quomodo* e la regola di giudizio introdotta dalla legge n. 46 del 2006 ne fissa il *quantum*. Tenendo presente quest'ultima considerazione, è senza dubbio da accogliere la constatazione per cui l'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. dovrà

⁶⁴ In tal senso M. CHIAVARIO *l'azione penale tra diritto e politica*, op. cit., pag. 52

⁶⁵ Corte Cost., 28 gennaio 1991, n. 88, in *Giur. Cost.*, 1991.

⁶⁶ In questo senso: A.A SAMMARCO *La richiesta di archiviazione*, op. cit.

⁶⁷ C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen.*, op. cit., pag. 733.

⁶⁸ Così C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen.*, op. cit., pag. 735.; *contra* C. VALENTINI REUTER *le forme di controllo*, op. cit., pag. 156, la quale ritiene che pur sussistendo un diritto all'archiviazione in capo all'indagato non se ne può riconoscere il fondamento nell'art. 27 Cost. bensì nel solo art. 112 Cost. in quanto diversamente ritenendo l'udienza camerale si trasformerebbe in un giudizio di merito e non di non superfluità del processo. La garanzia dell'archiviazione in rapporto col 112 Cost. assume esclusivamente connotazioni in senso oggettivo e non soggettivo.

basarsi su una valutazione non tanto discrezionale bensì prognostica di sostenibilità dell'accusa in giudizio⁶⁹.

Tracciato il profilo costituzionale dell'obbligatorietà, sul piano del codice essa implica che venga effettuato un controllo sull'inazione sul piano processuale. L'istituto deputato dal legislatore codicistico ad assumere detta funzione è proprio l'archiviazione attraverso il controllo effettuato dal giudice per le indagini preliminari, organo terzo e imparziale⁷⁰. Fare dell'archiviazione una prerogativa del p.m. significherebbe eludere il precetto costituzionale. Del resto, risulta evidente che se conseguenza dell'obbligo è quello di provocare la giurisdizione, soltanto il giudice può sindacare la legittimità dell'inazione⁷¹. La violazione di questi due corollari del principio di obbligatorietà comporterebbe il riconoscimento di un sistema basato sull'opportunità dell'azione penale che il legislatore costituzionale ha espressamente scartato.

7.2: L'alternativa tra richiesta di archiviazione e formulazione dell'imputazione.

Azione penale e archiviazione vengono a configurarsi come provvedimenti perfettamente speculari⁷² e simmetrici al punto che i presupposti positivi di una costituiscono i presupposti negativi per l'altra⁷³. Al fine di evitare qualsiasi incertezza interpretativa il legislatore processuale ha riservato al profilo dell'alternatività una disciplina tanto esaustiva quanto ripetitiva⁷⁴. Ciò avviene sia nell'art 50 c.p.p. «il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la

⁶⁹ Vedi *infra* Cap. I par. 2.

⁷⁰ P. TONINI *Manuale di procedura penale, op. cit.*, pag. 309; G. GIOSTRA *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 8.

⁷¹ G. GIOSTRA *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 9.

⁷² C. CONTI voce *Archiviazione* in: A. GAITO. *Digesto della Procedura Penale*, Torino, 2012 pag. 1; F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 307 e 328.

⁷³ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione in Digesto delle discipline penali*, Torino, aggiornamento 3.1 pag. 37.

⁷⁴ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 327.

richiesta di archiviazione» e lo stesso principio viene ribadito, quasi a sottolinearne la fondamentale importanza, nell'art 405 c.p.p. «il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio».

Non è chiaro se, effettuando questa scelta simmetrica, il legislatore abbia inteso la presentazione della richiesta archiviativa come atto ugualmente doveroso.

Sul punto un primo orientamento ritiene che la stessa specularità si manifesti in termini di valutazione compiuta dal p.m. poiché, nel formulare l'imputazione, il p.m. esprime un giudizio di colpevolezza e nel caso dell'archiviazione un giudizio di innocenza. Si impone per questa via un obbligo del p.m. di richiedere l'archiviazione in tutti i casi in cui a seguito dell'attività investigativa risulti l'innocenza dell'indagato e ciò sarebbe avallato dalla norma costituzionale di cui all'art 27.2 Cost.. La presunzione di innocenza infatti opera per via della clausola di equivalenza dell'art. 61 c.p.p. anche nei confronti dell'indagato. A tal fine il processo pone nelle mani dell'organo inquirente l'obbligo di cui all'art. 358 c.p.p. che impone di ricercare anche le prove a favore dell'indagato proprio allo scopo di richiedere l'archiviazione. In questo contesto la funzione dell'archiviazione è essenzialmente di garanzia⁷⁵. Pur essendo apprezzabile in relazione al fine, questo orientamento non può essere accolto in quanto la *voluntas legis* nel processo penale è stata proprio quella di garantire il controllo solo sul non esercizio dell'azione ma non sull'esercizio dell'azione, sebbene avventato⁷⁶. L'unica soluzione possibile in questi casi sarebbe una sentenza di proscioglimento in quanto, come

⁷⁵ In questo senso in particolare A.A SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 114 e ss.; cfr. anche G. GIOSTRA *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 11 ess.

⁷⁶ Lo stesso autore infatti riconosce i limiti della sua stessa tesi A.A. SAMMARCO *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 122-123.

giustamente sostenuto da altro orientamento, non esiste un controllo sulla scelta che possa rendere effettivo un obbligo di richiedere l'archiviazione⁷⁷.

8: *Le ultime riforme.*

Esaminando il percorso evolutivo dell'archiviazione si sono analizzate le progressive modifiche normative che di fatto hanno determinato la metamorfosi dell'archiviazione da mero provvedimento amministrativo di carattere residuale in un atto centrale del processo penale in quanto attraverso l'istituto è possibile attuare interessi costituzionalmente tutelati.

Conscio della centralità ormai assunta dall'istituto, il legislatore non a caso ha proprio di recente apportato modifiche alla disciplina del procedimento di archiviazione. In un primo momento modificando la disciplina dell'archiviazione a seguito dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. In secondo luogo, rafforzando il ruolo dell'offeso in termini di partecipazione al procedimento con l'attuazione della direttiva n. 29 del 2012 dell'Ue attuata con il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212. Infine, con la recente riforma Orlando (legge 23 giugno 2017 n. 103) apportando modifiche volte a realizzare diverse esigenze di contemperamento fra i vari principi costituzionali.

Con il d.lgs. n. 28/2015 si è affidato all'archiviazione il delicato compito di rispondere alle esigenze di economia processuale e di deflazione del carico dibattimentale, sorte all'occhio del legislatore a seguito della nota sentenza Torregiani⁷⁸.

⁷⁷ C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 733; F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, op. cit., pag. 333.

⁷⁸ D. FERRANTI *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, in *Cass. Pen.*, n. 7/8,

Per realizzare l'obiettivo si è introdotta la nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e si è contestualmente modificata la disciplina del procedimento di archiviazione introducendo il nuovo comma 1 *bis* all'art. 411 c.p.p..

La direttiva n. 29 del 2012 costituisce un autentico *corpus juris*⁷⁹ europeo della tutela delle vittime di reato, frutto della dell'attuazione della decisione GAI 2001/220. Più in generale la tutela della "vittima della criminalità" costituisce uno dei punti fondamentali per cui Parlamento e Consiglio dell'Ue possono, attraverso procedura legislativa ordinaria, emanare norme "minime" in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82.2 lett. c) TFUE). Il provvedimento è organizzato in tre macro aree: diritto della vittima all'informazione (artt. 3-7); diritto di accedere ai servizi di assistenza (artt. 8-9); diritto di partecipare al procedimento penale (artt. 10-17); e, infine, il diritto di ricevere protezione. Come correttamente osservato «il passaggio dal modello "decisione-quadro" al modello 'direttiva' comporta un incremento sostanziale della forza di penetrazione dell'atto legislativo nei sistemi nazionali». Già con la direttiva «il quadro normativo europeo offriva al giudice nazionale la forza intrinseca del nuovo strumento»⁸⁰. Per ciò che riguarda l'archiviazione le norme senza dubbio più interessanti sono quelle riguardanti i poteri della vittima in caso di "decisione" di non esercitare l'azione penale. Con "decisione" la direttiva intende riferirsi a qualsiasi provvedimento che mette fine al procedimento penale o che lo interrompe, restano escluse di conseguenza le composizioni extragiudiziali previste dal diritto interno. I diritti riconosciuti alla vittima consistono sostanzialmente nel potere di richiedere un

2017, doc. 322.4.

⁷⁹ M. CAGOSSI *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, *www. diritto penale contemporaneo. It*, 19 gennaio 2016.

⁸⁰S. ALLEGREZZA *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/U.E.* in L. LUPARIA (a cura di) e AA. VV. *Lo statuto europeo delle vittime da reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, 2015, pag. 5.

‘riesame’ della decisione contestualmente a un precedente obbligo di informazione in ordine alla determinazione di inazione dell’organo di accusa. Qualora l’ordinamento offra un ruolo alla tutela della vittima solo dopo l’esercizio dell’azione penale⁸¹ il diritto al riesame deve essere assicurato solo per reati gravi, in quanto non concepito come diritto assoluto⁸². Il considerando n. 43 della direttiva precisa che il riesame deve consistere in una decisione sul non esercizio dell’azione penale presa da una persona diversa da quella che ha preso la decisione originaria.

Il recepimento italiano della direttiva si è concentrato su due linee conduttrici: il diritto ad informazioni dettagliate da fornire alla persona offesa sin dalle prime battute procedurali e tutela della vittima particolarmente vulnerabile in tutte le fasi del procedimento penale. Il nuovo articolo 90-bis c.p.p. - recependo sostanzialmente tutte le indicazioni dell’art. 4 e 11 della Direttiva n. 29 del 2012 - ha previsto che la persona offesa «fin dal primo contatto con l’autorità procedente» debba ricevere, in una lingua a lei comprensibile, tutta una serie di informazioni che in merito al procedimento di archiviazione riguardano: le modalità attraverso cui presentare denuncia/querela ed esercitare le facoltà e i diritti a lei riservati dalla legge nel corso del procedimento penale (art. 90-bis, co. 1, lettera a); il diritto di ricevere notizie circa lo stato del procedimento (lettere b, i) e l’eventuale richiesta di archiviazione (lettera c). Oggetto di informazione sono altresì la possibilità che il procedimento venga definito con la remissione di querela o attraverso la mediazione, nonché le facoltà spettanti all’offeso nel caso in cui l’imputato formuli richiesta di sospensione del procedimento con messa

⁸¹ Nel nostro ordinamento il problema non si propone in quanto il codice assicura una tutela della vittima già dalle prime battute processuali che addirittura può anche risultare più incisiva della tutela del danneggiato; le due figure restano infatti nettamente distinte. Vedi *infra* Cap. IV. Par. 1. E per tutti P. TONINI *Manuale di procedura penale, op. cit.*; Cfr. L. ALGERI *L’impugnazione della parte civile*, Milano, 2014.

⁸² Per tutti questi rilievi art. 11 direttiva 2012/29.

alla prova, o qualora risulti applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (lettera o). Il rafforzamento delle prerogative dell'offeso all'interno del procedimento di archiviazione permette così di realizzare contemporaneamente due finalità: da un lato la tutela della vittima del reato e da un altro il controllo sull'obbligatorietà dell'azione penale in quanto è indiscusso che il contributo conoscitivo dell'offeso in sede di udienza camerale comporta l'acquisizione di materiale utile per il giudice ai fini della decisione sulla richiesta di archiviazione soggetta ad opposizione⁸³.

La riforma Orlando ha apportato modifiche all'intero sistema penale processuale e sostanziale così profonde tanto da essere considerata uno degli interventi di modifica più consistente degli ultimi anni. Le linee ispiratrici della riforma sono essenzialmente il rafforzamento delle garanzie difensive e il potenziamento delle scelte tecniche a tutela della ragionevole durata del processo.⁸⁴ Tra gli istituti che hanno subito le modifiche più consistenti si colloca l'archiviazione, nel perseguimento di entrambi i profili della *ratio* del legislatore riformista. Sotto il profilo dell'efficienza del procedimento si colloca l'imposizione di un termine per il pubblico ministero per chiedere l'archiviazione o esercitare l'azione penale (art. 407.3 *bis*); l'imposizione di un termine a carico del giudice per fissare l'udienza a seguito del non accoglimento della richiesta di archiviazione (art. 409.3 e 4); precisazione di un termine per le indagini a seguito di non accoglimento della richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del reato (art. 415.2 *bis*); riscrittura dei casi di nullità del provvedimento di archiviazione sostanzialmente basato sull'accoglimento dei casi riconosciuti abnormi o nulli dalla

⁸³P. TONINI *Manuale di procedura penale, op. cit.*, pag. 163.

⁸⁴G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, V edizione, Milano, 2017 appendice sulla riforma Orlando pag. 3463.

giurisprudenza (art. 410 *bis*); per i medesimi introduzione dell'innovativo rimedio del reclamo giurisdizionale diretto al tribunale monocratico in sostituzione del precedente ricorso per Cassazione. Sotto il profilo della tutela dell'offeso si è ripercorsa la via tracciata dal d.lgs. n. 212/2015 pertanto è stato aumentato di ulteriori 10 giorni il termine previsto per l'opposizione alla richiesta di archiviazione (408.3 e 3 *bis*) ed è stato inserito un nuovo diritto per l'offeso di chiedere di essere informato sullo stato del procedimento (art. 335.3 *ter*), con il quale si è di fatto affiancato un nuovo istituto accanto a quello della «pubblicità a richiesta»⁸⁵ del registro delle notizie di reato (art. 335.3 *bis* c.p.p.).

⁸⁵ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, V edizione, Milano, 2017 appendice pag. 3485.

CAPITOLO I

I PRESUPPOSTI DELL'ARCHIVIAZIONE

1: I casi di archiviazione: l'ambito applicativo.

Il codice prevede espressamente cinque ipotesi di archiviazione: per infondatezza della notizia di reato (art. 408); per mancanza di una condizione di procedibilità (art. 411); per estinzione del reato (art. 411); per non essere il fatto previsto dalla legge come reato (art. 411); per essere ignoti gli autori del reato (art. 415); per particolare tenuità del fatto (art. 411 comma 1 *bis*). L'ipotesi di cui all'art. 408 dà luogo alla c.d. archiviazione in fatto nella quale il tipo di accertamento compiuto è esclusivamente di tipo probatorio in quanto il p.m. percorre la via dell'inazione perché non dispone di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio⁸⁶. Negli artt. 411 e 415 c.p.p. sono invece indicate ipotesi di c.d. archiviazione in diritto poiché in tal caso la valutazione dei presupposti richiesti dalla norma si risolve in un'attività valutativa istantanea⁸⁷ esclusivamente *in iure*. Detta constatazione non può valere per il caso del comma 1 *bis* dell'art. 411 c.p.p. in quanto la struttura di questa particolare causa di non punibilità richiede un accertamento sulla "tenuità del fatto" e la "non abitualità della condotta". In questa specifica ipotesi di archiviazione, introdotta con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 «solo a seguito di un accertamento rigoroso di tali condizioni lo Stato può rinunciare ad applicare la pena»⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. art. 125 disp. att. e C. cost. n. 88/1191.

⁸⁷ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 43. *Contra* A.A. SAMMARCO *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 15 il quale ritiene che l'accertamento in fatto è necessario per accertare la sussistenza della causa di estinzione o della condizione di non procedibilità.

⁸⁸ P. TONINI *Manuale di procedura penale, op. cit.*, pag. 618.; vedi *infra* cap. I par. 3.1.

Dette ipotesi devono ritenersi tassative⁸⁹ tenuto conto del carattere comunque eccezionale dell'archiviazione in relazione al più generale principio di obbligatorietà dell'azione penale e della evidente analiticità della disciplina codicistica. Pertanto restano escluse le ipotesi di "persona non imputabile" e "persona non punibile" mentre il "fatto non sussiste", "l'imputato non lo ha commesso", e "il fatto non costituisce reato" rientrerebbero nell'ipotesi di archiviazione in fatto dell'art. 408 c.p.p.. Il legislatore avrebbe quindi riservato alle ipotesi di archiviazione per inidoneità probatoria un ruolo di fattispecie generica e onnicomprensiva e invece all'art. 411 c.p.p. ha attribuito la funzione di «*actio finium regundorum*»⁹⁰ lasciando espressamente fuori dall'ambito applicativo dell'archiviazione le ipotesi di assoluzione dibattimentale⁹¹. Sul punto non vi è unanimità di vedute in dottrina. La tesi dominante ritiene che l'art. 408 c.p.p. si riferisca alle sole ipotesi di inidoneità probatoria oggettiva ossia riguardante la non sussistenza del fatto e non l'essere il fatto stato commesso dall'imputato. Pertanto, resta fuori la formula per cui "il fatto non costituisce reato" nella quale sono ricompresi i casi di sussistenza di una causa di giustificazione e l'assenza dell'elemento soggettivo del reato. Ciò deriverebbe dalla necessità di accertare l'antigiuridicità solo nel momento in cui il fatto è già stato provato nei suoi elementi oggettivi e quindi nel contesto di un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato che presuppone uno stadio più avanzato del procedimento⁹². In un'ottica che si potrebbe definire più garantista per l'indagato, ma anche più ragionevole nel suo complesso in relazione alle esigenze di economia processuale e ragionevole durata, si pone un altro orientamento. Per questa dottrina e

⁸⁹A. NAPPI *Guida al nuovo codice di procedura penale*, terza edizione, Milano, 1992. Pag. 139.

⁹⁰G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 43.

⁹¹ Per F. CORDERO *Procedura penale*, Milano, 2012 l'art. 411 c.p.p. è una norma ripetitiva poiché sarebbe stato sufficiente il solo art 408 c.p.p. letto con l'art. 125 disp. att. per ricomprendere in *totum* tutte le ipotesi di archiviazione per insostenibilità dell'accusa in giudizio.

⁹²G. GIOSTRA *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 20.

giurisprudenza, essendo evidente la sussistenza della causa di giustificazione, dare vita a un processo destinato ad arenarsi costituirebbe un'operazione defatigante oltre che comportare un inutile aggravio per l'indagato anche in termini di costi economici⁹³. Nei casi di archiviazione in fatto sarebbe quindi compresa la formula "il fatto non costituisce reato".

Secondo la maggioranza della dottrina non è applicabile nella fase delle indagini preliminari l'art 129 c.p.p. in quanto la formula "in ogni stato e grado del processo" circoscrive la declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità attraverso pronuncia d'ufficio da parte del giudice esclusivamente con sentenza e nella sola fase processuale⁹⁴. Nel codice rimane in sostanza «la sfasatura sistematica»⁹⁵ per cui il pubblico ministero è costretto a richiedere il rinvio a giudizio, pur consapevole che il processo sarà destinato ad arenarsi. È da sottolineare che in caso di estinzione del reato il procedimento può arrestarsi immediatamente nella fase delle indagini ma al contempo questa ipotesi è ricompresa nei casi di sentenza di non luogo a procedere. Orbene lo stesso art. 129.2 c.p.p. sembra riconoscere una prevalenza delle ipotesi di assoluzione piena al punto che parte della dottrina e giurisprudenza ha configurato un vero e proprio diritto in capo all'imputato ad ottenere la formula liberatoria più ampia⁹⁶. In un'ottica di economia processuale il legislatore ha predisposto uno strumento che consenta di chiudere la vicenda immediatamente con un provvedimento di archiviazione

⁹³ L. PADULA *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Milano, 2005 pag. 24.; Corte Cost., Isgrò in *Cass. pen.*, 1992, pag. 326. In particolare la Cassazione nella citata sentenza ritiene che la sussistenza di «circostanze che rendono il prevenuto non punibile» rientra nella nozione stessa di infondatezza della notizia di reato di cui all'art. 408 c.p.p..

⁹⁴ In questo senso sulla base della sussistenza di una preclusione di pronuncia *ex officio* da parte del gip sarebbe in ogni caso impedita l'applicazione del 129 c.p.p.. Il p.m. infatti determina il «quantum della materia processuale su cui il giudice si dovrà pronunciare». Così S. RAMAJOLI *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Padova, 1997 pag. 26.

⁹⁵ G. GIOSTRA *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 20.

⁹⁶ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op.cit.*, commento art. 411 c.p.p. pag. 1248-1249.

tuttavia non è da escludersi che in tutti i casi in cui l'indagato non sia stato posto in condizione di poter rinunciare o abbia rinunciato alla causa estintiva, si pone come doveroso in capo al p.m. l'esercizio dell'azione penale e in capo al g.i.p. la non emanazione del provvedimento di archiviazione per estinzione del reato. Del resto, questa ricostruzione si pone necessaria alla luce dell'orientamento della Corte Cost che ha espressamente riconosciuto il diritto dell'indagato alla rinuncia alla prescrizione⁹⁷. Tuttavia, la giurisprudenza di Cassazione degli anni successivi si è pronunciata per la non applicazione dell'art 129.2 in fase di indagini preliminari⁹⁸. Il ragionamento della Suprema Corte si fonda sull'assunto per cui il g.i.p. non è mai vincolato dalle richieste del p.m. pertanto di fronte ad una richiesta di archiviazione per estinzione del reato esso è tenuto a disporre provvedimento di archiviazione *ex art. 408 c.p.p.* per infondatezza della notizia di reato allorquando gli elementi di infondatezza assumano rilevanza non *in iure* bensì in fatto, ritenendo questa come unica via possibile data l'inapplicabilità in fase di indagini preliminari dell'art. 129 c.p.p.⁹⁹. Alcuni hanno sostenuto che l'appiglio normativo da cui far discendere il diritto alla formula più ampia discenderebbe dall'art. 345 primo e terzo comma c.p.p. che esclude il risarcimento del danno da ingiusta detenzione proprio nelle ipotesi di estinzione del reato o di improcedibilità¹⁰⁰ altri hanno

⁹⁷ Corte Cost. n. 275 del 31 maggio 1990 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevede la rinuncia alla prescrizione da parte dell'indagato. Detto diritto spetta inequivocabilmente all'indagato *ex art. 61 c.p.p.*

⁹⁸ Cass. Sez. I, 18 marzo 1999 n. 1560, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 2865 e Cass. sez. VI 5-3-1998, n. 93, in CED, Cass n. 210826.; F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 369. Il quale considera non ragionevole non consentire l'archiviazione sia in presenza di una scriminante sia in caso di difetto di imputabilità o punibilità poiché ritiene che il concetto di non superfluità del processo della sent. C. Cost. 88/1991 si estenda anche in tal senso.

⁹⁹ Così Cass. Sez. I, 18, marzo 1999 n. 1560; il caso riguardava un'ordinanza di archiviazione pronunciata per estinzione del reato di strage a seguito dell'intervenuta amnistia. Nel caso di specie il provvedimento fu inoltre dichiarato abnorme perché, sebbene riguardasse la sola estinzione del reato, il suo contenuto era stato esteso dal gip in una motivazione che inevitabilmente esprimeva valutazioni sulla sussistenza del fatto.

¹⁰⁰ G. GIOSTRA *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 58.

invocato il più generale principio del *favor rei*¹⁰¹ per giungere alla stessa conclusione. Tuttavia, il provvedimento di archiviazione rimane inoppugnabile nel merito di conseguenza la tesi più accreditata rimane quella per cui non è configurabile la garanzia effettiva di un diritto alla formula più ampia perché non è individuabile la sede stessa in cui rivendicarlo¹⁰².

In ordine al rapporto con le misure di sicurezza si ritiene sussistere «un'incompatibilità strutturale e funzionale»¹⁰³ con il procedimento di archiviazione in quanto l'applicazione di una misura di sicurezza implica l'accertamento in un giudizio di merito che il fatto sussista, che sia stato commesso dal soggetto e che costituisca reato o quasi reato¹⁰⁴. Ciò del resto lo si evince agevolmente dall'art 205 c.p. per cui il giudice dispone le misure di sicurezza con la sentenza (e non con altro provvedimento) di condanna o proscioglimento e in ogni caso sarebbe preclusa un'interpretazione in via analogica per via del principio di tassatività, determinatezza e divieto di analogia imposto dall'art. 25.3 Cost¹⁰⁵. La legge n. 479 del 16-12-1999 (c.d. legge Carotti) ha inoltre modificato l'art 425.4 c.p.p. prevedendo che persino in una fase successiva all'archiviazione, quale l'udienza preliminare (che benché abbia funzione di filtro costituisce una fase non più pre-processuale), il GUP non può emanare sentenza di non luogo a procedere quando dal proscioglimento conseguirebbe l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. Come già visto in tema di casi di

¹⁰¹ A.A. SAMMARCO., *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 203; cfr. anche G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 44.

¹⁰² C. CONTI voce *Archiviazione* in: A. GAITO. *Digesto della Procedura Penale, op. cit.*, pag. 3.

¹⁰³ G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 23.

¹⁰⁴ Corte Cost. n. 319 del 5 luglio 1993.

¹⁰⁵ *Contra* G. ARIOLLI, *L'applicazione «definitiva» delle misure di sicurezza nel processo penale e la natura del decreto di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1993, pag. 2789; il quale sostiene che la misura di sicurezza sarebbe applicabile nel procedimento di archiviazione nelle ipotesi di pronuncia con ordinanza a seguito di udienza camerale poiché in tal caso sarebbe garantito il contraddittorio.

archiviazione il legislatore si è espresso in termini di tassatività¹⁰⁶, pertanto anche partendo da questo presupposto si potrebbe affermare che per il non imputabile si esclude la possibilità di emanare un provvedimento di archiviazione. Non manca chi ritiene possibile archiviare nelle ipotesi in cui non sia necessario applicare una misura di sicurezza personale o patrimoniale¹⁰⁷. Tuttavia, se in un certo senso ragionevolezza impone di ricorrere a un provvedimento in grado di interrompere la vicenda processuale nell'immediato in caso di scriminanti¹⁰⁸ per il non imputabile la situazione è più delicata. In dette ipotesi può porsi la necessità di far fronte ad accertamenti (ad esempio attraverso perizia psichiatrica) circa la sussistenza della non imputabilità, inoltre l'accertamento di altri requisiti, tra i quali la pericolosità sociale, determinanti l'applicazione di una misura di sicurezza richiedono in ogni caso un fatto già ricostruito in tutte le sue sfumature oggettive¹⁰⁹. In particolare, in ordine all'applicazione della confisca sono sorte diverse problematiche interpretative tenuto conto della peculiare esigenza di contrasto alla criminalità (specie quella organizzata) che oggi assolve l'istituto. Un caso di sicura applicazione è stato ritenuto essere dalla giurisprudenza la confisca contestualmente alla morte del reo in quanto creandosi un vincolo di indisponibilità non sarebbe possibile per gli eredi ereditare e quindi presentare istanza di

¹⁰⁶ G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 19; cfr. anche G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 47.

¹⁰⁷ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 372.; cfr. anche E. APRILE P. SILVESTRI *Le indagini preliminari e l'archiviazione, seconda edizione*, Milano, 2011, pag. 724-725.

¹⁰⁸ Tuttavia, ciò è possibile, secondo la ricostruzione prospettata, non perché si applica l'art. 129 c.p.p. ma perché la sussistenza dell'antigiuridicità del fatto esclude la rilevanza penale del fatto stesso quindi si ha un caso di archiviazione in fatto. Ciò è possibile concependo l'illecito penale nell'ottica della c.d. teoria tripartita per cui l'elemento oggettivo del reato è costituito da tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. Per ulteriori rilievi vd. F. PALAZZO *Corso di diritto penale. Parte generale.*, Torino, 2013.

¹⁰⁹ Sul punto inoltre il nuovo art 72 bis del c.p.p. introdotto dalla riforma Orlando (che ha l'obiettivo di risolvere il problema degli "eterni giudicabili") ricollega la necessaria definizione del processo per incapacità irreversibile alla sola sentenza di non luogo a procedere e non all'archiviazione. Tale modifica potrebbe essere letta come una riconferma della *ratio legis* già espressa con la legge Carotti volta a circoscrivere ad un accertamento in fatto, seppur preliminare, le ipotesi di pronunce sui non imputabili.

revoca del relativo provvedimento¹¹⁰. In materia di estinzione del reato per prescrizione la giurisprudenza di Cassazione ha ritenuto (in particolare nella materia di abuso edilizio) incompatibile la confisca con un provvedimento di archiviazione poiché «nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica»¹¹¹.

Merita un cenno infine un ulteriore caso di archiviazione c.d. coatta che è rimasto in vigore solo per un breve lasso di tempo. La legge 20-2-2006, n. 46 aveva introdotto il comma 1 *bis* dell'art. 405 c.p.p. il quale prevedeva che il p.m. fosse obbligato a richiedere l'archiviazione quando la Corte di Cassazione si fosse pronunciata in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in materia cautelare ai sensi dell'art. 273 c.p.p. e non fossero stati acquisiti ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini. In questo modo si veniva a interpolare la regola di giudizio dell'incidente cautelare nel procedimento di archiviazione derogando al principio dell'efficacia incidentale ed endoprocedimentale¹¹² delle decisioni *de libertate* sul procedimento principale di merito. Ciò nella convinzione che con la decisione della Cassazione si anticipasse la pronuncia di merito esprimendo questa una

¹¹⁰ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 411 c.p.p. pag. 1254; Cass. pen., Sez. III, 4.6.2009, in Ced Cass. 244780.

¹¹¹ Corte Cost. n. 49/2015; Cassazione penale, sezione III, sentenza 27 ottobre 2016, n. 45428 vedi anche Cass. Sez. III, 13 luglio 2009, n. 28508; Cass. Sez. VI, 5 novembre 2013, n. 44638; Cass. Pen., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 44245.

¹¹² Fino al 2006 il principio in questione non subì deroghe. La Corte Cost, con la sent. n. 71/1996 aveva anzi stabilito un principio opposto dichiarando l'incostituzionalità degli art. 309 e 310 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano in sede di riesame e appello cautelare la possibilità di valutare i "gravi indizi di colpevolezza" nel caso di emissione del decreto di rinvio a giudizio. Le Sez. unite (in sent. del 26-11-2002 *in guida al dir*, 2003, n.5) sostanzialmente ribadirono lo stesso principio.

valutazione di colpevolezza sull'indagato¹¹³. Parte della dottrina fu favorevole all'introduzione di questa norma perché espressione di un generale principio di razionalità ed efficienza processuale garantito attraverso l'introduzione di «un doppio senso di marcia»¹¹⁴. Non mancarono ferventi critiche da parte della dottrina. I punti più contorti della norma furono così individuati: nelle difficoltà interpretative del termine «successivamente» in quanto non era chiaro se si riferisse alla pronuncia della Cassazione o alla richiesta di archiviazione; l'obbligo non era sanzionato da un punto di vista disciplinare sicché non era chiaro come se ne dovesse garantire l'effettività; infine è ovvio che obbligare un p.m. a richiedere l'archiviazione avrebbe significato produrre una tensione insanabile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale¹¹⁵ al punto che i «i rischi per la tenuta complessiva del sistema risultavano essere maggiori delle disfunzioni a cui voleva porsi rimedio»¹¹⁶. Ad aggiustare il tiro fu infine la Corte Costituzionale con la sent. del 24-4-2009, n. 29, nella quale affermò che «la norma altera la logica dell'istituto dell'archiviazione che per *ratio* storica e per il modo in cui è disciplinato, si propone come 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»¹¹⁷. La norma inoltre determinava un'alterazione della struttura stessa del processo penale accusatorio perché faceva coincidere due regole di giudizio diverse: sia sotto il profilo dell'oggetto del giudizio che in un caso riguardava la colpevolezza nell'altro la non infondatezza della notizia di reato; sia riguardo la

¹¹³ E. APRILE P. SILVESTRI *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, op. cit., pag. 724.

¹¹⁴ Così F.M. IACOVIELLO *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima inferenza al principio di preclusione*, in *Cass. Pen.*, 2008, pag. 2190 e ss., pag. 2206.

¹¹⁵ Per tutti questi rilievi critici C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen.*, op. cit., pag. 756.; Vedi anche C. CONTI *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e di preclusione. diritto penale e processo*, 2009 vol. 11, pp. 1371-1382.

¹¹⁶ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, op. cit., commento art. 405 c.p.p. pag. 1133.

¹¹⁷ Corte Cost. sent. del 24-4-2009, n. 29 in *diritto penale e processo* n.11/2009 pag. 1367 con commento C. CONTI.

funzione poiché l'uno riguardava l'irrogazione della misura cautelare l'altro il principio di non superfluità del processo; sia sotto il profilo della natura poiché la pronuncia della Cassazione opera sempre nei confini della nomofiliachia e non del merito.. Sicché si potevano avere soluzioni in cui benché «gli esiti potessero coincidere in concreto» allo stesso modo «la mancanza di gravi indizi non implicava la superfluità del processo così come la prognosi di colpevolezza non trovava poi corrispondenza in una condanna»¹¹⁸. La scelta del legislatore consisteva in un'ingiustificata deroga del principio di impermeabilità e incidentalità al punto stesso che «la stessa incidentalità perdeva la propria ragion d'essere»¹¹⁹.

Appare chiaro in seguito alle numerose problematiche interpretative che la disciplina dei casi di archiviazione risulta essere del tutto carente in termini di chiarezza. Il quadro è stato poi aggravato dall'introduzione nell'art. 411.1 *bis* di un caso di archiviazione del tutto distinto rispetto agli altri in quanto sebbene collocato nelle ipotesi di archiviazione in diritto comporta, come già sottolineato, un accertamento necessario sul fatto storico. La riforma Orlando non ha inciso nello specifico su queste problematiche ma si è concentrata sugli aspetti che riguardano il procedimento di archiviazione forse sprestando un'occasione. Tuttavia, si porrebbe necessaria una rivisitazione normativa degli artt. 408 e 411 c.p.p. in quanto lasciare nell'indeterminatezza una disciplina del genere significa lasciare la porta aperta a

¹¹⁸ Corte Cost. sent. del 24 aprile 2009, n. 29.

¹¹⁹ C. CONTI *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e di preclusione. diritto penale e processo*, 2009 vol. 11, pp. 1378; la quale tra l'altro nota molto accuratamente che le misure cautelari sono un'esigenza necessaria ma pongono frizioni con le garanzie dibattimentali pertanto è opportuno che le due regole di giudizio restino separate. «Occorre evitare che il sistema accusatorio si configuri come un'erma bifronte che, con il volto sorridente, concede la pienezza delle garanzie nel corso del dibattimento mentre, con quello in lacrime, limita la libertà personale nella fase investigativa» *ivi* pag. 1382.

possibili elusioni dell'art. 112 Cost.¹²⁰. Del pari lasciare un più ampio margine di scelta al p.m. significa anche privare di criteri di valutazione il g.i.p. nel momento in cui viene chiamato a decidere sulla legalità della richiesta di archiviazione¹²¹. In sintesi, e per concludere, l'indeterminatezza delle norme è in grado di produrre una vera e propria "fuga dalla legalità" persino più grave di una scelta volta ad accogliere un sistema imperniato sul principio di opportunità¹²².

2: L'infondatezza della notizia di reato: la regola di giudizio.

La problematica della regola di giudizio in materia di archiviazione fa riferimento al comportamento che qualsiasi autorità giudiziaria, sia essa requirente o inquirente, deve osservare nel momento in cui deve assumere una decisione¹²³. Con "decisione" ci si riferisce sia alle determinazioni del p.m. inerenti l'esercizio dell'azione penale sia alla pronuncia con decreto od ordinanza da parte del g.i.p. in merito ad una richiesta di archiviazione. Una regola di giudizio ben individuata assume lo scopo di garantire l'effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale in quanto sottrarrebbe «ogni margine di discrezionalità al p.m. nell'adempimento di tale dovere»¹²⁴. Sul punto in ordine al concetto di discrezionalità non vi è unanimità di vedute in dottrina. Altri ritengono che in un sistema in cui vige il monopolio dell'azione penale sia il p.m. a decidere se, come e quando agire, compiendo una valutazione che

¹²⁰ L. PADULA *L'archiviazione*, op. cit., pag. 2.

¹²¹ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, op. cit., pag. 251; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, op. cit., pag. 45.

¹²² C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 743. Cfr. anche C. TAORMINA, *diritto processuale penale*, Torino, 1995 pag. 569 il quale sottolinea quanto sia fondamentale una disciplina accurata dell'archiviazione per garantire il rispetto del principio di legalità che costituisce «il rovescio della medaglia sul piano processuale di quello proprio del diritto sostanziale».

¹²³ G. CECANESE *Le regole di giudizio tra archiviazione e proscioglimento*, Napoli, Roma, 2012 pag. 11.

¹²⁴ Così G. CECANESE *Le regole di giudizio*, op. cit., pag. 13.

ontologicamente può qualificarsi come discrezionale in quanto ogni valutazione è di per sé espressione dell'esistenza di una discrezionalità¹²⁵. In ogni caso qualora si potesse parlare di una discrezionalità questa va intesa come discrezionalità vincolata¹²⁶ il cui margine viene ad essere predeterminato dalla legge stessa sia in termini di fattispecie sostanziale sia in termini di determinatezza della regola di giudizio, da qui la peculiare importanza della stessa. Se così non fosse si ritornerebbe a un sistema ad opportunità dell'azione penale nel quale il magistrato esprime le sue valutazioni anche secondo condizionamenti soggettivi, ideologismi nonché secondo scelte discriminatorie od opportunistiche. Come opportunamente rilevato il punto fondamentale della questione è che si impone come opzione costituzionalmente doverosa l'individuazione di un compromesso. Una regola di giudizio a «maglie troppo strette» sulla fondatezza della notizia di reato finirebbe per tradire il principio dell'obbligatorietà¹²⁷ e da altro lato un criterio «eccessivamente largo» renderebbe il principio di obbligatorietà una semplice *paper rule*¹²⁸.

Tenuto conto di questa premessa l'individuazione di una regola di giudizio è stata oggetto di diverse ricostruzioni interpretative necessitate dalla scarsa chiarezza delle norme e dalle modalità di attuazione della direttiva n. 50 della l. delega n. 81 del 1987. Mentre la l. delega prevedeva che il criterio determinante l'operatività della regola di giudizio fosse la «manifesta infondatezza» della notizia di reato, riprendendo

¹²⁵ A. BERNARDI *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1990 commento all'art. 125 disp. att.; L. PADULA *L'archiviazione*, op. cit., pag. 29; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, op. cit., pag. 96.

¹²⁶ A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, op. cit., pag. 96.

¹²⁷ Come osservato infatti obbligatorietà dell'azione penale non significa esercizio dell'azione penale per tutte le notizie di reato ma solo per quelle in cui l'accertamento processuale risulterebbe essere non superfluo. Vedi Corte Cost. n. 88/1991.

¹²⁸ Così C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag.743.; la quale peraltro sottolinea come sia evidente la necessità che la norma avesse dovuto assumere un contenuto informato al principio di determinatezza per garantire il rispetto del principio di legalità processuale e sostanziale *ivi* pag. 744.

di fatto il testo del vecchio art. 74 c.p.p. 1930, il legislatore dell'88 ha eliminato l'aggettivo manifesta ed ha cercato di dare attuazione alla norma dandone un contenuto precettivo con l'art. 125 disp. att. nel quale si dispone che «l'accusa è infondata se gli elementi acquisiti nel corso delle indagini non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Nella norma si individuò la «definizione normativa» del concetto di infondatezza; il legislatore delegato aveva già percepito la vacuità della norma del 408 c.p.p. e così avrebbe inserito una norma che ne avesse assicurato l'attuazione riempiendola di contenuto¹²⁹. In realtà era evidente che il legislatore, pur preoccupandosi di rispondere ad un'esigenza di determinatezza immediatamente avvertita, non diede di fatto alcun contributo di definitività della regola e infatti giustamente l'art 125 disp. att. fu definito una norma tipicamente «tautologica»¹³⁰.

Nel dare contenuto concreto alla norma, si delinearono due diversi orientamenti della dottrina. Un primo filone interpretativo ritenne che il concetto di giudizio in cui l'accusa fosse insostenibile facesse riferimento al dibattimento in quanto questo fu concepito fase centrale del processo penale accusatorio e in quanto effettivamente ed esclusivamente annoverabile nel termine «giudizio». Il p.m. avrebbe dovuto effettuare una valutazione prognostica circa la sostenibilità dell'accusa in dibattimento, solo nelle ipotesi in cui la condanna sarebbe stata probabile (c.d. *probable cause*), si sarebbe determinato in senso positivo in ordine all'esercizio dell'azione penale¹³¹. Rientravano

¹²⁹ V. GREVI *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale in Riv. Ita. Diritto penale e processuale*, 1990, II, pag. 1274-1327.

¹³⁰ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 41; nello stesso senso C. TAORMINA, *diritto processuale penale, op. cit.*, pag. 581, il quale giustamente afferma «la disposizione dell'art. 125 non serve ad attuare e nemmeno a chiarificare sul piano interpretativo un bel nulla della disciplina codicistica dell'archiviazione, perché tutto è previsto e tutto è chiaro».

¹³¹ In questo senso: L. MARAFIOTI *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità di «fatto» in Cass. pen.*, 1992, pag. 206 e ss., il quale espone la problematica in un'ottica comparatistica; vd anche F. CORDERO *Procedura penale*, Milano, 2012 il quale sottolinea (anche dopo l'intervento della Corte Cost. n.88/1991) «è archiviabile ogni caso in cui siano remote le chances di una

di conseguenza nelle ipotesi di archiviazione sia i casi in cui il p.m. avesse ritenuto gli elementi a disposizione non sufficienti a giustificare una sentenza di condanna sia anche i casi in cui non fosse stato possibile prevedere un'integrazione probatoria idonea a supportare una richiesta di condanna¹³². In questa interpretazione l'archiviazione viene ad esser configurata come istituto di deflazione del dibattimento insieme al decreto penale di condanna, al giudizio abbreviato ed al patteggiamento. La deflazione era considerata «*la condicio sine qua non*» per il corretto funzionamento, l'efficienza e la ragionevole durata del dibattimento del nuovo processo penale¹³³ e in questa *ratio* «la decisione dibattimentale doveva essere in assoluta prevalenza giustificatamente di condanna»¹³⁴. Da sottolineare che evidentemente a monte del ragionamento risiedeva la concezione dell'azione penale in termini di concretezza, quindi non potendo consistere in una generica richiesta di pronuncia, si identificava in una decisione conforme alla richiesta della parte pubblica¹³⁵. Pur percependo tra le righe una tensione con l'art. 112 Cost., tale da determinare l'incostituzionalità della norma, gli stessi fautori di questo primo orientamento giustificano il contrasto proprio con l'esigenza di deflazione, esprimendo questa del pari un interesse costituzionalmente imposto e quindi ragione imponeva effettuare una corretta ponderazione tra gli stessi¹³⁶. Del resto, quest'impostazione accontentava anche chi attribuiva all'archiviazione una funzione di garanzia nei confronti dell'indagato¹³⁷. Accantonando le argomentazioni di questa dottrina era evidente però che consentire una prognosi entro termini così ampi

condanna; tale risulta l'effettivo criterio» pag. 430.

¹³² G. LOZZI *Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondate e preoccupazioni inconsistenti in Legislazione penale*, 1990, pag. 639.

¹³³ Così G. LOZZI *Il nuovo processo penale, op. cit.*, pag.638.

¹³⁴ Così C. TAORMINA *diritto processuale penale, op. cit.*, pag. 587.

¹³⁵ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 408 c.p.p. pag. 1169.; Vd anche V. BORRACCETTI *Archiviazione, indagini preliminari e obbligatorietà dell'azione penale in Questione Giustizia* n. 3, 1990, pag. 577.

¹³⁶ C. TAORMINA, *diritto processuale penale, op. cit.*, pag. 587-588.

¹³⁷ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 40.

significava davvero attribuire al p.m. un potere discrezionale non vincolato, quantomeno in termini di regola di giudizio¹³⁸.

Un secondo orientamento si contrapponeva a questo e sostanzialmente se ne distingueva perché spostava l'oggetto della valutazione prognostica dal dibattimento alla fase filtro dell'udienza preliminare. Si criticava il precedente orientamento perché puntando a realizzare esigenze di deflazione in realtà faceva perdere la centralità che il dibattimento avrebbe dovuto avere nel sistema accusatorio in quanto sede naturale di accertamento della responsabilità dell'imputato¹³⁹. L'archiviazione andava circoscritta alle ipotesi di "evidente" innocenza dell'indagato realizzando sostanzialmente un'«omologazione necessaria»¹⁴⁰ delle regole di giudizio dell'udienza preliminare e dell'archiviazione. La prognosi di conseguenza non riguardava più l'esito del dibattimento ma piuttosto l'utilità dell'istruzione dibattimentale alla luce degli elementi a disposizione, i quali dovevano essere sufficienti a costruire un'ipotesi accusatoria idonea a superare il filtro dell'udienza preliminare e a sostenere l'accusa in giudizio¹⁴¹. Se questo orientamento si prestava ad apprezzamenti in termini di garanzia dell'imputato, poiché garantiva il diritto all'accertamento in giudizio dell'innocenza in un'applicazione doverosa della presunzione di innocenza¹⁴², nonché in termini di rispetto dell'art. 112 Cost., tuttavia tradiva di fatto quell'esigenza di deflazione

¹³⁸ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 41.

¹³⁹ G. GIOSTRA *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 19.

¹⁴⁰ A. PRESUTTI *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, pagg. 1359-1387.

¹⁴¹ C. CONTI *l'archiviazione, in Trattato di proc. Pen., op. cit.*, pag.747.

¹⁴² A. PRESUTTI *Presunzione di innocenza, op. cit.*, pag. 1359; A.A. SAMMARCO *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 96.

dibattimentale che il legislatore aveva affidato tra i tanti istituti anche a quello dell'archiviazione in quanto nei casi dubbi l'azione penale andava sempre esercitata¹⁴³.

A risolvere l'articolata questione interpretativa fu la Corte Cost. con la Sent. 15-2-1991 n. 88 considerata «vera e propria pietra miliare»¹⁴⁴ in materia di archiviazione. Ad avviso del giudice rimettente la norma era viziata per eccesso di delega (art. 76 Cost.) in quanto il legislatore delegato aveva rimosso l'aggettivo manifesta riportato al criterio direttivo n. 50. Il problema venne risolto dai giudici della Consulta attraverso il richiamo al principio di completezza delle indagini di cui al criterio direttivo n. 37 della stessa legge delega. In virtù di quest'ultimo l'archiviazione è il risultato di un'indagine in cui l'imputazione è già carica di tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi di conseguenza ci si pone in netta contrapposizione con quello che era l'impianto del codice previgente dove l'archiviazione veniva di fatto circoscritta alle c.d. pseudo notizie di reato¹⁴⁵. Peraltro, nel nuovo c.p.p. opera il c.d. principio di unitarietà del procedimento probatorio per cui l'acquisizione della fonte di prova ha inizio con le indagini ed è destinato a concludersi con la sua valutazione in dibattimento il che implica che solo indagini complete potranno assicurare un corretto esercizio del diritto di difesa da parte dell'imputato essendo proprio questa la funzione della c.d. *discovery* a conclusione delle indagini preliminari¹⁴⁶. Insomma, la nuova struttura del codice assegna una fisionomia del tutto nuova alle indagini preliminari, resosene conto il legislatore dell'88 ha rimosso volutamente l'aggettivo manifesta non addicendosi più a indagini così concepite. Il riconoscimento del principio di completezza delle indagini

¹⁴³ L. PADULA *L'archiviazione*, op. cit., pag. 34.

¹⁴⁴ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, op. cit., pag. 612 nota 19.

¹⁴⁵ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione*, op. cit., pag. 307 e 328.

¹⁴⁶ F. MENCARELLI *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, 1993.

permette di risolvere i punti deboli dei precedenti orientamenti dottrinali¹⁴⁷ infatti si evita da un lato «l'esercizio "apparente" dell'azione penale basato su indagini troppo superficiali, lacunose o monche, che si risolverebbe in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale»¹⁴⁸; da altro lato consente di impedire che il p.m. eserciti un'azione penale avventata senza disporre di un quadro idoneo. In sostanza la consulta confermò la legittimità costituzionale dell'art. 125 disp. perché «così come formulata la norma è in definitiva, la traduzione testuale in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale al dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che quindi la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata»¹⁴⁹. Le uniche ipotesi in cui è possibile non instaurare il processo risultano essere solo quelle in cui effettivamente risulterebbe superfluo, per tanto nei casi dubbi l'azione non va omessa bensì esercitata.

2.1: Archiviazione della notizia di reato e non luogo a procedere.

In un sistema processuale generalmente dovrebbe esistere una regola funzionale per cui il provvedimento antecedente opererebbe nello stesso ambito operativo o in uno crescente del provvedimento successivo. Di conseguenza il problema si pone, sia in termini di ambito applicativo in senso orizzontale sia in termini di regola di giudizio in senso verticale, in quanto logica impone che il provvedimento successivo sia soggetto a criteri di giudizio più penetranti del precedente¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Tuttavia, G. PIZIALI *L'archiviazione nella giurisprudenza costituzionale in indice penale*, 1993, pagg.399-426 nota che «evitare che un pubblico ministero vada a processo senza aver acquisito tutto il materiale probatorio utile a conseguire un esito processuale positivo, implica l'attribuzione al giudice di compiti generali di supplenza rispetto alla lacunosità delle indagini». Ciò determinerebbe frizioni col principio di separazione delle funzioni processuali. *Ivi* pag. 409.

¹⁴⁸ Corte Cost. 88/1991.

¹⁴⁹ Corte Cost. 88/1991.

¹⁵⁰ G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 6.

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale vennero dissipati diversi dubbi interpretativi tuttavia rimaneva il fatto che l'archiviazione era consentita sulla base dell'infondatezza della notizia di reato mentre la sentenza di non luogo a procedere era circoscritta dall'art. 425 c.p.p. ai casi di evidente innocenza dell'imputato. Mentre la legge delega prevedeva una perfetta simmetria tra le due regole di giudizio con l'attuazione, come visto, questo rapporto fu inevitabilmente abbandonato. Venne a manifestarsi il paradosso per cui la funzione di filtro che avrebbe dovuto svolgere l'udienza preliminare di fatto veniva svolta dall'archiviazione¹⁵¹. Risolti i dubbi circa la regola di giudizio dell'archiviazione si imponeva come necessario l'individuazione di quella relativa alla sentenza di non luogo a procedere. Le opzioni possibili erano: quella di ancorare la regola all'evidente innocenza sulla base del dato testuale, con la conseguenza che sarebbe stata sempre richiesta la prova positiva a favore dell'imputato; mutuare la regola di giudizio della sentenza di assoluzione per cui anche la prova mancante, insufficiente o contraddittoria avrebbe portato al non luogo a procedere ma a ciò ostava il dettato normativo che non prevedeva questa ipotesi¹⁵²; omologare le due regole di giudizio dell'archiviazione e dell'udienza preliminare.

Fu quest'ultima la strada presa dal legislatore che con la legge 8-4-1993, n. 105 sopprime l'aggettivo evidente di fatto omologando le due regole di giudizio¹⁵³. Così di fronte a un quadro probatorio "cristallizzato" in sede di udienza preliminare il gup avrebbe dovuto pronunciarsi con sentenza di non luogo a procedere e se la medesima situazione si fosse presentata in fase di indagini il g.i.p. avrebbe pronunciato

¹⁵¹ C. CONTI *l'archiviazione, in Trattato di proc. Pen, op. cit., pag. 749.*

¹⁵² La dottrina contraria sosteneva in ogni caso che la sentenza di assoluzione era un provvedimento strutturalmente diverso perché basato su prove e il non luogo a procedere basato invece su atti di indagine. Così G. GIOSTRA *L'archiviazione, op. cit., pag. 36.*

¹⁵³¹⁵³ La Corte Cost. aveva peraltro dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 425 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando fosse risultato evidente che l'imputato era persona non imputabile; Corte Cost 10-2-1993, n. 41.

provvedimento di archiviazione. Con un intervento di ortopedia legislativa si pose rimedio all'alterazione di quella regola funzionale che richiede la progressività fra provvedimenti processuali¹⁵⁴. Dalla modifica non risultava comunque possibile l'emanazione della sentenza di non luogo a procedere in mancanza della prova positiva di innocenza dell'imputato¹⁵⁵. Ciò dava luogo ad un ulteriore inconveniente infatti il p.m. avrebbe potuto a sua discrezione richiedere in ipotesi sia una richiesta di archiviazione sia un rinvio a giudizio ed entrambi sarebbero stati accolti¹⁵⁶. Allo stesso modo un gip «pervaso da un certo accanimento inquisitorio»¹⁵⁷ avrebbe potuto non solo determinare il rinvio a giudizio dell'imputato attraverso lo strumento dell'imputazione coatta ma altresì perfino pronunciarsi in favore del passaggio alla fase dibattimentale¹⁵⁸, il tutto con grave pregiudizio per l'imputato che sarebbe stato costretto a subire un inconveniente e superfluo dibattimento.

La legge 16-12-1999 (c.d. legge Carotti) pose rimedio a quest'ulteriore carenza consentendo la pronuncia di non luogo a procedere in tutti i casi in cui gli elementi raccolti risultino «insufficienti, contraddittori, o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». A seguito di altre modifiche al codice di procedura penale apportate dalla legge succitata, tra le quali i profili di integrazione probatoria in sede di

¹⁵⁴ Da sottolineare che in ogni caso omologare la regola di giudizio non significava identità dell'oggetto del giudizio, l'archiviazione si incentrava sul controllo del rispetto dell'art. 112 Cost., l'udienza preliminare si configurava invece come filtro alla celebrazione dei dibattimenti. I poteri officiosi del giudice infatti nell'un caso sono volti a contrastare il non esercizio dell'azione penale, nell'altro caso il gip può indicare i temi di prova necessari di approfondimento ai fini della decisione (art. 422 c.p.p.). Così G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 40.

¹⁵⁵ Cfr. in giurisprudenza Cass. pen., Sez VI, 4-11-1997, n. 4319, Gattari.; Da notare inoltre che parte della dottrina auspicava infatti un intervento volto ad introdurre nel 425 c.p.p. una regola espressamente prognostica. In quella disciplina non era possibile emanare non luogo a procedere quando dinanzi ad una situazione cristallizzata fosse stata constatata la mancanza, l'insufficienza o la contraddittorietà. Vedi per tutti F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 367

¹⁵⁶ G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, pag. 381.

¹⁵⁷ C. SCARPELLO *L'archiviazione*, Padova, 2002 pag. 190.

¹⁵⁸ Si noti che all'epoca non era entrata in vigore il d. lgs. 19-2-1998, n. 51 pertanto non sussisteva alcuna incompatibilità tra funzioni di gip e di gup.

udienza preliminare ai sensi degli artt. 421 *bis* e 422 c.p.p. nonché a seguito del d.lgs. 19-2-1998, n. 51, che sancì l'incompatibilità tra funzioni del gip e gup, fu riesumata dalle ceneri una precedente posizione dottrinale che operava prima dello storico intervento della Corte Cost nel 1988. Detta tesi minoritaria sostenne in sostanza che la regola di giudizio aveva subito un'innovazione e non poteva più parlarsi di un'omologazione, il gip avrebbe dovuto oltre che valutare la superfluità del processo effettuare una prognosi di condanna: solo la conferma dell'ipotesi accusatoria avrebbe giustificato la celebrazione di un dibattimento¹⁵⁹. Tuttavia, il sentiero tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina prevalente si dispiegava all'interno di confini ormai troppo evidenti. Il principio di completezza, letto contestualmente al principio di superfluità, implica che in sede di udienza preliminare il vaglio giurisdizionale sia incentrato non su una valutazione circa l'esito del processo bensì sulla probabile prospettiva di mutamento del quadro probatorio¹⁶⁰.

2.2: *L'oltre ogni ragionevole dubbio.*

Un mutamento radicale della regola di giudizio si ebbe prima per via giurisprudenziale¹⁶¹ e poi per via legislativa con la legge 16-2-2006 (c.d. legge Pecorella) che mutò il volto dell'art. 533 c.p.p. introducendo il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. La modifica interessò nello specifico la disciplina della sentenza di condanna dibattimentale determinando l'*an* e allo stesso tempo il *quantum* dell'onere

¹⁵⁹ F. VARONE *Gli epiloghi decisori dell'udienza preliminare e i loro rapporti con la verifica della gravità indiziaria nel procedimento de libertate* in *Riv. Dir. e proc. Penale*, 2007, pagg. 1021-1070.

¹⁶⁰ C. CONTI *L'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen, op. cit.*, pag.751-752.; in giurisprudenza Cass. Sez. IV 24 luglio 2007 in *Riv. Ita. Dir e proc. Penale*, 2008, pag. 365.

¹⁶¹ La sent. Cass. Sez. Un. 10 luglio 2002, Franzese, in materia di causalità omissiva in attività medica, determinò il passaggio storico dal criterio della probabilità statistica (mutuato dalla disciplina processualcivile) alla regola della probabilità logica. Il dubbio non deve consistere in una mera congettura del giudice ma si attegga come oggettivamente ragionevole, e quindi percepibile da qualsiasi persona razionale, qualificato, in una parola motivabile. Così P. TONINI, C. CONTI *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014 pagg. 76-77.

probatorio gravante sul pubblico ministero alla luce della presunzione di innocenza di cui all'art. 27.2 Cost, che determina invece il *quomodo*, ossia i criteri di ripartizione dell'onere, consistendo la norma in una presunzione assoluta¹⁶². Prima ancora che si traducesse in dettato normativo, l'oltre ogni ragionevole dubbio era considerato regola di civiltà giuridica, proprio di qualsiasi ordinamento che abbia come pilastri della giurisdizione penale la presunzione di innocenza e l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. Per questa natura imprescindibilmente legata alla tutela costituzionale dell'imputato non si poteva non riconoscere che una regola di giudizio del genere avrebbe conseguentemente innervato l'intero processo penale, non potendo restare circoscritta al solo dibattimento, avrebbe costituito canone di valutazione in ogni valutazione che fosse stata di tipo prognostico¹⁶³.

Pertanto, la sentenza di non luogo a procedere oggi subisce l'influenza sistematica della nuova norma; il risultato è che la prognosi del giudice ha ad oggetto due profili. Il giudice effettua sì un giudizio allo stato degli atti ma nel momento in cui il ragionevole dubbio si appalesa già come ineliminabile è doverosa la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere. Sotto un secondo profilo, il giudice dovrà analogamente pronunciarsi in tal senso, se il dibattimento si manifesta già come superfluo data l'impossibilità di ulteriori acquisizioni probatorie¹⁶⁴.

¹⁶² Così la ricostruzione presentata in P. TONINI *Manuale di procedura penale* Milano, 2017.

¹⁶³ Per tutti questi rilievi vedi G. CANZIO *L' "oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale* in *Cass. pen.*, 2004, pagg. 303-308.

¹⁶⁴ Così C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen, op. cit.*, pag. 752-753; *contra* G. LOZZI *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, in *Riv. Ita. Dir. e proc. Penale*, 2008 pag. 368. Il quale ritiene che così facendo si rischia di lasciare inattuata quella doverosa attuazione del contraddittorio insita nel c.p.p. del 1988.

Nel caso dell'archiviazione, nonostante le opinioni contrarie¹⁶⁵, è da accogliersi lo stesso criterio¹⁶⁶ in quanto a giustificare detto orientamento sovengono diverse argomentazioni. In primo luogo, si è già sottolineata l'importanza dell'oltre ogni ragionevole dubbio sull'intero processo penale, il che ci può portare ad affermare che detta regola non possa operare nella ristretta cerchia del giudizio dibattimentale ma debba necessariamente estendersi ad imbuto a tutte le precedenti fasi processuali e procedurali¹⁶⁷ in quanto ha ormai assunto quel volto tipico di regola funzionale già enunciato in premessa al paragrafo. In secondo luogo affinché l'archiviazione assuma contestualmente funzione di garanzia e di deflazione, nell'ottica anche delle ultime riforme legislative, l'unica strada possibile è consentire già al p.m. di valutare se effettivamente gli elementi raccolti sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio ed al gip affidare il delicato compito di verificare che, non solo sia rispettato il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma anche che processo non vi sia quando il dubbio ragionevole si palesi già cristallizzato in fase di indagine. Il ruolo centrale del procedimento di archiviazione assumerebbe in quest'ottica la funzione di assicurare i plurimi interessi costituzionali che vengono in gioco: la presunzione di innocenza (art. 27.2 Cost); il diritto di difesa (art. 24 Cost.); la ragionevole durata del processo e le esigenze di deflazione del carico dibattimentale (art. 111 Cost.). Del resto, questa ricostruzione non si porrebbe in contrasto con l'orientamento della Consulta sopra esaminato. Un possibile processo penale, destinato all'assoluzione o ancor prima ad una sentenza di non luogo a procedere, frutto di un quadro probatorio completo (principio di

¹⁶⁵ G. DEAN R. FONTI Voce *archiviazione* pag. 37 il quale in ossequio letterale alla pronuncia della Corte Cost. n. 88/1991 ritiene irrinunciabile il criterio del *favor actionis* per cui nei casi dubbi l'azione va esercitata e non omessa.

¹⁶⁶ C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 752-753.

¹⁶⁷ G. CANZIO *L' "oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale* in *Cass. pen.*, 2004, pag. 306 e 307; G. CANZIO *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA. VV. *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005. Pag.77.

completezza delle indagini) dal quale si evince la sussistenza di un dubbio ragionevole ineliminabile è un processo penale che non “sa dà fare” in quanto superfluo.

3: I casi di archiviazione ex art. 411 c.p.p.

Nei paragrafi precedenti si sono analizzate le problematiche riconosciute all’ambito applicativo ed alla “regola di giudizio” della c.d. archiviazione in fatto. Restano ora da esaminare le ipotesi di c.d. archiviazione in diritto ricomprese nell’art. 411 c.p.p.. La norma prevede che «le disposizioni degli articoli 408, 409 e 410 e 410 bis¹⁶⁸ si applicano anche quando risulta che manca una condizione di procedibilità, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell’articolo 131-bis del codice penale per particolare tenuità del fatto, che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato». L’analisi dell’archiviazione per particolare tenuità del fatto richiede una trattazione separata essendo l’art. 131bis ancorato a specificità proprie che lo distinguono dalle altre ipotesi qui trattate. Del resto, la sua collocazione nella norma dedicata all’archiviazione in diritto sembra suscitare perplessità in dottrina¹⁶⁹ in quanto presuppone un accertamento, seppur minimo, su un fatto caratterizzato dalla tenuità dell’offesa e dalla non abitualità della condotta mentre le altre ipotesi operano per via di un’operazione mentale «immediata»¹⁷⁰ che non richiede il compimento di alcun accertamento in merito al fatto di reato. Sicché si è arrivato a paragonare i casi di

¹⁶⁸ La riforma Orlando, come si vedrà in seguito, ha introdotto il nuovo art. 410 bis c.p.p. il quale ha positivizzato di fatto i casi di impugnazione del provvedimento di archiviazione già individuati dalla giurisprudenza. Il richiamo anche a questa norma ha lo scopo di affiancare, oltre alle altre norme procedurali, anche quest’ultima. Così G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 411 c.p.p., pag. 3492.

¹⁶⁹ Vd. *Infra* par. 3.1 e 3.2.

¹⁷⁰ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 43.

archiviazione in diritto come frutto di «un esito algebrico del procedimento»¹⁷¹ sulla base di prerequisiti già predisposti dal legislatore. Il che non esclude che un qual tipo di accertamento sia quantomeno necessario al fine di verificare i presupposti ai quali la legge riconnette il verificarsi della causa estintiva o l'improcedibilità dell'azione penale o tuttalpiù un accertamento in diritto sulla non previsione del *nomen criminis*¹⁷². Certo è che le ipotesi in questione presentano delle peculiarità proprie¹⁷³, per cui ognuna si distingue dalle altre ma è altresì fuor di dubbio che esse realizzano quell'esigenza di economia processuale¹⁷⁴ racchiusa nell'art. 111 Cost., infatti sarebbe sicuramente un processo superfluo quello destinato ad arenarsi in una futura sentenza di non luogo a procedere¹⁷⁵. Da questo assunto le motivazioni che hanno indotto la dottrina più autorevole¹⁷⁶ ad individuare nell'art. 411 c.p.p. una norma pleonastica, poiché nel concetto di inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio, di cui all'art. 125 disp. att., rientrerebbero anche le suddette ipotesi. Ad ogni modo superflua¹⁷⁷ risulterebbe altresì quell'attività di indagine volta a compiere accertamenti nel merito sulla colpevolezza o innocenza dell'indagato. Un accertamento di tal tipo è circoscritto alla sola fase processuale proprio in virtù dell'art. 129.2 c.p.p., il quale è applicabile solo a processo già instaurato¹⁷⁸. Solo dopo che la fase delle indagini si è conclusa si ha un vero e proprio diritto ad un'assoluzione piena nei confronti dell'imputato¹⁷⁹. Ma in

¹⁷¹ G. DEAN R. FONTI Voce *archiviazione*, *op. cit.*, pag. 43.

¹⁷² A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, *op. cit.*, pag. 15.

¹⁷³ A.A. DALIA M. FERRAIOLI *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, pag. 485.

¹⁷⁴ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, Milano, 2015, pag. 19.

¹⁷⁵ Corte Cost. n. 88/1991.

¹⁷⁶ F. CAPRIOLI, *l'archiviazione*, *op. cit.*, pag. 370; F. CORDERO *Procedura penale*, *op. cit.*, pag. 430.

¹⁷⁷ A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, *op. cit.*, pag.16.

¹⁷⁸ C. CONTI voce *Archiviazione* in: A. GAITO. *Digesto della Procedura Penale*, *op. cit.*, pag. 3.

¹⁷⁹ È appena il caso di notare che la giurisprudenza di Cassazione ha dichiarato «abnorme la sentenza con la quale il giudice per le indagini preliminari, rilevato che il pubblico ministero ha già esercitato l'azione penale l'azione penale in ordine ai medesimi fatti, anziché dichiarare inammissibile la richiesta di archiviazione, restituendo gli atti all'ufficio requirente, provvede nel merito assolvendo l'imputato perché il fatto non sussiste; la richiesta di archiviazione, infatti, non è suscettibile di trovare esito mediante pronunzia di sentenza di alcun tipo». Così Cass. Sez. VI, 11 febbraio 1994, Mallia, in *Giust. Pen.*, 1994,

fase di indagine il p.m. può solo limitarsi a «richiedere l'archiviazione con la formula corrispondente»¹⁸⁰. Pertanto, la conclusione di un'eventuale attività investigativa dalla quale risulti sia sotto il profilo del merito l'infondatezza della notizia di reato, sia l'operatività di un'ipotesi di archiviazione in diritto, potrebbe essere una richiesta di archiviazione fondata su entrambi i motivi¹⁸¹. Ad ogni modo qualora il gip ritenga di archiviare "in diritto" dovrà limitarsi ad una pronuncia conforme alla richiesta di archiviazione ma non potrà motivare in ordine alla sussistenza di prove favorevoli o sfavorevoli per l'indagato¹⁸². Esigenze di tutela del diritto di difesa dell'indagato inducono peraltro la giurisprudenza¹⁸³ a propendere per questa soluzione. L'indagato verrebbe diversamente costretto a vedersi emanato un provvedimento motivato nel merito a lui sfavorevole, giacché la non sussistenza di una condizione di procedibilità, la non previsione della norma incriminatrice e a maggior ragione l'estinzione del reato, che presuppone logicamente la commissione di un reato per potersi questo estinguere¹⁸⁴, non escludono né l'innocenza né la colpevolezza. Il quadro si aggrava se si tiene conto del fatto che il provvedimento di archiviazione non è in ogni caso impugnabile nel merito per cui l'indagato non può interagire¹⁸⁵ sulla decisione esercitando il diritto di difesa, mentre solo a processo già avviato potrà rinunciare alla causa estintiva¹⁸⁶.

Le condizioni di procedibilità subordinano l'esercizio dell'azione penale alla sussistenza di un ulteriore requisito procedurale, allorquando il reato non sia procedibile

III, pag. 276.

¹⁸⁰ A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, op. cit., pag. 17.

¹⁸¹ C. CONTI *L'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 738.

¹⁸² Così Cass. Pen. Sez. VI, 31 maggio 1994 in *Giust. Pen.*, 1995, III, pag. 281.

¹⁸³ Cass. Pen., 19 ottobre 1990, in *Cass. Pen.*, 1991, II, pag. 93.

¹⁸⁴ A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, op. cit., pag. 16.

¹⁸⁵ C. SCARPELLO *L'archiviazione*, Padova, 2002, pag. 32

¹⁸⁶ Cfr. come visto *sub par.* 1 Corte Cost. n. 275 del 31-5-1990 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevede la rinuncia alla prescrizione da parte dell'indagato. Detto diritto spetta inequivocabilmente all'indagato *ex art.* 61 c.p.p.

d'ufficio, anche qualora gli elementi a disposizione siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Ciò può avvenire per ragioni di inopportunità dell'istaurazione del processo o come avviene nella querela per assicurare la tutela della privacy della persona offesa, esigenza avvertita in particolar modo nei reati a sfondo sessuale¹⁸⁷. Nel nostro ordinamento sono condizioni di procedibilità: la querela (artt. 336-340 c.p.p.), l'istanza di procedimento (art. 341 c.p.p.), la richiesta di procedimento (art. 342 c.p.p.), l'autorizzazione a procedere (artt. 343 e 344 c.p.p.). Dette ipotesi non sono tassative poiché leggi diverse dal codice di procedura penale possono prevederne altre e sottoporle allo stesso regime giuridico¹⁸⁸. Secondo la giurisprudenza l'art. 411 c.p.p. è applicabile anche qualora si sia di fronte ad una condizione di procedibilità irrituale o tardiva¹⁸⁹. Anche la manifestazione orale della volontà punitiva del querelante si presta ad assicurare il rispetto del principio di non superfluità del processo. Si discute in dottrina sull'operatività dell'archiviazione nel dubbio circa la sussistenza della condizione di procedibilità essendo la relativa prova insufficiente o contraddittoria. Alcuni ritengono che l'art. 411 c.p.p. sia in questo caso applicabile «*in bonam partem*»¹⁹⁰ all'indagato non essendovi ragioni argomentative che ostacolino questa soluzione. Detta conclusione si allinea con le considerazioni già espresse in merito alla regola di giudizio, soltanto di fonte a un'istruzione dibattimentale in grado di eliminare il ragionevole dubbio circa la sussistenza della condizione di procedibilità, il p.m. sarà tenuto ad esercitare l'azione penale. Questo ragionamento si fonda su un'applicazione

¹⁸⁷ Per ulteriori rilievi vd. P. TONINI *Manuale di procedura penale, op. cit.*

¹⁸⁸ C. SCARPELLO *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 28.

¹⁸⁹ Cass. Sez. V., Carotenuto, 7 aprile 2003, in *Guid. Dir.* n. 35/2003, pag. 107, la quale ha ritenuto come validamente proposta la querela presentata oralmente da un detenuto che può e deve essere raccolta dall'ufficiale di polizia penitenziaria.

¹⁹⁰ L. PADULA *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 38.

analogica degli artt.425 c.p.p., 529 c.p.p. e 530 c.p.p.¹⁹¹, tuttavia merita di essere sottolineato che l'art. 425 c.p.p. resta circoscritto ai profili di merito, mentre gli artt. 529 e 530 c.p.p. sono ipotesi disciplinate espressamente per la sola fase dibattimentale¹⁹² e quindi per una pronuncia attraverso sentenza di assoluzione. È evidente tra l'altro che la mancanza di una condizione di procedibilità comporta un'archiviazione *ex actis*¹⁹³, senza alcun ulteriore necessità di avviare indagini sul merito dell'imputazione. Da precisare inoltre che l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto non è precluso allorquando la condizione di procedibilità sopravvenga successivamente, come previsto dall'art. 345 c.p.p.¹⁹⁴.

Nelle ipotesi di archiviazione *ex art.* 411 c.p.p. rientra anche la formula "il fatto non è previsto dalla legge come reato". Tradizionalmente la dottrina ricollega a questa formula le ipotesi di scuola in cui il fatto di apparente rilievo penale si rilevi essere, all'esito delle prime indagini, penalmente irrilevante o tuttalpiù ascrivibile all'interno di un illecito amministrativo o civilistico nonché le ipotesi di intervenuta *abolitio criminis* o dichiarazione di incostituzionalità della norma¹⁹⁵. Alcuni vi ascrivono perfino i casi in cui operi una causa di estinzione del reato, una causa di giustificazione o una causa di

¹⁹¹ L'art. 425.3 c.p.p. prevede che il gup pronunci sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

L'art. 529 c.p.p. prevede che in dibattimento il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere se l'azione penale non doveva essere iniziata; al comma 2 precisa che il giudice provvede nello stesso modo qualora la prova della sussistenza della condizione di procedibilità sia insufficiente o contraddittoria.

L'art. 530.3 c.p.p. esprime la regola dell'operatività "nel dubbio", circa la sussistenza, di cause di non punibilità e cause di giustificazione con obbligo del giudice di pronunciare sentenza di assoluzione.

¹⁹² C. CONTI, *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen.*, *op. cit.*, pag. 753, nota 86.

¹⁹³ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op.cit.*, commento art. 411 c.p.p. pag. 1249.

¹⁹⁴ A. MACCHIA *La richiesta di archiviazione. Presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*. In *Cass. Pen.*, 1998, pag. 2741 e ss., pag. 2744.

¹⁹⁵ Così tra i tanti in dottrina F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato, op. cit.*, pag. 43.; Sottolineano peraltro A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di procedura penale, op. cit.*, pag. 487 che il caso in cui un fatto non sia *ab origine* non inquadrabile in alcuna fattispecie tipica è sostanzialmente diversa dall'ipotesi in cui un fatto non lo sia più per intervento del legislatore o della Consulta.

non punibilità¹⁹⁶. Le maggiori problematiche interpretative che, invero, presenta questa ipotesi sono riconducibili al confine di distinzione con le c.d. “pseudo notizie di reato”¹⁹⁷ in quanto la non previsione del *nomen criminis* in una fattispecie incriminatrice può essere ricondotta ad entrambe le situazioni. Ciò che è certo è che anche in questo caso si è di fronte ad un’«*absolutio ab instantia*»¹⁹⁸ poiché la superfluità dell’instaurazione di un processo risulta verificabile *ictu oculi*.

Ultima ipotesi da esaminare prevista dall’art. 411 c.p.p. è costituita dall’estinzione del reato. Le cause di estinzione del reato sono disciplinate negli artt. 150 e ss. del c.p.. Esulano dall’ambito applicativo dell’archiviazione la sospensione condizionale (artt. 163-168 c.p.) e il perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto (art. 169 c.p.) poiché la prima presuppone, oltre che specifiche condizioni necessarie per il verificarsi della causa estintiva, la pronuncia di una sentenza di condanna; la seconda presuppone che del procedimento sia investito un giudice di merito. Come già visto questa, come tutti i casi dell’art. 411 c.p.p., ha la funzione di evitare un arenarsi del processo in quanto, operando la causa estintiva sin dalla fase delle indagini preliminari, non ha senso posticipare una pronuncia a processo già avviato *ex art. 129 c.p.p.* Ne consegue che dovrà trattarsi di cause estintive già esistenti poiché se il p.m. ne prospetta una loro probabile operatività solo a processo già avviato dovrà esercitare l’azione penale¹⁹⁹. Come già visto in merito alla mancanza di una condizione di procedibilità, vi è chi in dottrina ritiene applicabile l’art. 411 c.p.p. anche nel dubbio sulla sussistenza della causa estintiva²⁰⁰ ma si è anche sottolineato come detta soluzione sia impraticabile

¹⁹⁶ C. SCARPELLO *L’archiviazione, op. cit.*, pag. 33.

¹⁹⁷ Vd. *Infra* par. 4.

¹⁹⁸ A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 15.

¹⁹⁹ C. SCARPELLO *L’archiviazione, op. cit.*, pag. 31.

²⁰⁰ L. PADULA *L’archiviazione, op. cit.*, pag. 38.

poiché basata su un'applicazione analogica di norme non applicabili in fase di indagine²⁰¹. Se alcune cause di estinzione, quali la morte del reo, l'oblazione, la remissione della querela, possono essere oggetto della richiesta di archiviazione senza particolari accertamenti²⁰², poiché basati sulla sussistenza di presupposti oggettivi previsti dalle norme di legge, alcune problematiche si pongono in merito alle cause estintive del tipo prescrizione e amnistia in quanto la loro operatività dipende dalla valutazione delle circostanze aggravanti ed attenuanti. Sul punto si è peraltro pronunciata la Corte Costituzionale²⁰³ la quale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 411 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il gip possa tener conto delle circostanze attenuanti generiche e di effettuare il giudizio di comparazione tra circostanze di cui all'art. 69 c.p., per desumere l'intervenuta prescrizione del reato²⁰⁴. La Consulta ha in sostanza riconosciuto in questo limite una scelta rientrante nella legittima discrezionalità del legislatore poiché si pone sullo stesso filo logico che ha portato a concepire l'archiviazione come istituto avente essenzialmente la funzione di garantire un controllo sull'esercizio dell'azione penale e non un accertamento sul merito dell'imputazione²⁰⁵. Del resto, la corte ha precisato che le altre cause estintive si basano sul mero riscontro di dati oggettivi ma ha anche

²⁰¹ Vd. *Supra*.

²⁰² F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, op. cit., pag.19.

²⁰³ Corte Cost. n. 138/2004 in *Cass. Pen.*, 2004, pag. 3188.

²⁰⁴ Può esser utile sottolineare che la riforma Orlando ha modificato gli artt. 158-161 c.p., introducendo nuove ipotesi di sospensione del termine necessario a prescrivere, ma ha lasciato immutato il testo dell'art. 157 c.p. il quale definisce il criterio di calcolo.

Art 157 c.p.: La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante. [...].

²⁰⁵ APRILE E. *La Corte Costituzionale esclude che in sede di archiviazione il giudice possa tener conto delle attenuanti al fine del riconoscimento dell'avvenuta prescrizione del reato*, in *Nuovo Diritto*, 2004, pag. 475 e ss..

sottolineato che l'archiviazione per prescrizione non può operare alla stregua di un mero giudizio prognostico sulla superfluità del processo in quanto la sussistenza delle circostanze e l'esito della loro comparazione non attiene ad una prognosi di tal tipo bensì, rientra esclusivamente sotto profili da trattare nel merito²⁰⁶. Pertanto, si può concludere che sicuramente l'archiviazione per estinzione del reato è possibile, senza particolari ostacoli, in tutti quei casi in cui la causa estintiva, compresa la prescrizione o l'amnistia, sia riscontrabile *per tabulas*²⁰⁷, mentre nelle ipotesi dubbie il p.m. non potrebbe prognosticare la sussistenza di questa o quella circostanza che necessita accertamento nel merito. In realtà, come osservato²⁰⁸, nella prassi i giudici dell'archiviazione operano il giudizio di comparazione, soprattutto nei casi di modesta rilevanza del fatto e di incensuratezza dell'indagato. Soluzione adoperata invocando il principio di ragionevole durata (art. 111 Cost.) e di non superfluità del processo in quanto «sarebbe sicuramente superfluo far intraprendere all'interessato un lungo *iter* processuale nei casi in cui sia praticamente certo che lo stesso potrà godere delle attenuanti generiche e, dunque, beneficiare della prescrizione»²⁰⁹. Tuttavia, non è da escludersi che l'archiviazione per prescrizione del reato o amnistia produca effetti pregiudizievoli per la persona sottoposta alle indagini²¹⁰, non solo in termini di efficacia infamante di una pronuncia che riguardando l'estinzione del reato ne presuppone l'esistenza, ma anche in termini sostanziali in quanto l'art. 314 c.p.p. non annovera fra

²⁰⁶ R. BRICCHETTI *Ribadita la natura interlocutoria della decisione limitata al controllo di legalità dell'azione penale*, in *Guid. Dir.*, 2004, n. 21 pag. 99.

²⁰⁷ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag.19.

²⁰⁸ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, *op. cit.*, commento art. 411 c.p.p. pag. 1248.

²⁰⁹ Così G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, *op. cit.*, commento art. 411 c.p.p. pag. 1248.

²¹⁰ Nota tra l'altro C. TAORMINA, *diritto processuale penale*, *op. cit.*, pag. 590 che l'indagato potrebbe non venire neanche a conoscenza dell'esistenza di un procedimento a suo carico. A maggior ragione il quadro si aggrava se venisse emesso decreto di archiviazione *de plano*, per estinzione del reato, non essendo prevista la possibilità che l'indagato libero venga a conoscenza ufficialmente dell'adottato provvedimento.

le ipotesi che fondano l'istanza di risarcimento per ingiusta detenzione l'avvenuta estinzione del reato²¹¹. Nonostante una possibile apertura da parte della giurisprudenza²¹² e della dottrina²¹³ volta a riconoscere un possibile diritto di rinuncia alla prescrizione nei confronti dell'indagato in fase di indagini preliminari, al pari dell'imputato attraverso la via dell'art. 61 c.p.p., l'ostacolo sembra, come si è già osservato²¹⁴, essere costituito dall'impossibilità di rendere effettivo il disposto di cui all'art. 129.2 c.p.p. mancando una *sedes*²¹⁵ in cui far valere detto diritto.

Merita un cenno, infine, affrontare le problematiche collegate alla possibilità di applicare la nuova causa di estinzione del reato di cui all'art. 162 *ter* c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie) introdotta dalla recente riforma Orlando. La norma realizza, nell'ottica della riforma, le esigenze di deflazione del carico dibattimentale ed al contempo offre il volto costituzionale della pena come *extrama ratio*, realizzando la funzione rieducativa²¹⁶ proprio attraverso la riparazione dell'offesa cagionata dal reato. Soluzione intrapresa di recente dal legislatore in relazione ai reati di scarso allarme sociale, tenendo conto che da un lato il reo potrebbe beneficiare della sospensione condizionale senza neanche onorare le statuizioni civili derivanti dal reato; e da un altro lato che le pene brevi sono soggette ad una gestione problematica e producono un effetto desocializzante e una portata criminogenetica sul condannato²¹⁷. Il nuovo istituto prevede che nei reati procedibili a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato se l'imputato ripara integralmente il danno cagionato dal reato mediante

²¹¹ C. CONTI, *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 739 e 766.

²¹² Corte Cost. n. 275 del 31 maggio 1990.

²¹³ Tra i tanti G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, op. cit., pag. 21.

²¹⁴ Vd. *Supra* par. 1.

²¹⁵ C. CONTI voce *Archiviazione* in: A. GAITO. *Digesto della Procedura Penale*, op. cit., pag. 3.

²¹⁶ D. FERRANTI *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, in *Cass. Pen.*, n. 7/8, 2017, doc. 322.4.

²¹⁷ D. FERRANTI *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, op. cit.

le restituzioni o il risarcimento o elimina, ove possibile le conseguenze pericolose o dannose del reato, entro l'apertura del dibattimento. La formulazione testuale della norma sembra escludere che la stessa possa essere applicata in sede di archiviazione²¹⁸ parlando espressamente di imputato e di sospensione del processo²¹⁹, senza contare che una deroga all'art. 112 Cost. necessiterebbe una disposizione espressa la quale preveda una nuova ipotesi di archiviazione²²⁰. Per questi motivi è da condividere l'opinione di chi²²¹ ritiene che l'art. 411 c.p.p. avrebbe dovuto essere integrato anche con l'ipotesi *de quo* affiancandola all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, sottesa sostanzialmente agli stessi scopi deflattivi, magari integrando l'intera disciplina con l'obbligo di informativa già introdotto nell'istituto della messa alla prova (art.141*bis* c.p.p.).

3.1: La particolare tenuità del fatto.

Il d.lgs. del 16 marzo 2015, n. 28, in attuazione della legge delega del 28 aprile 2014, n. 67, ha introdotto nel nostro ordinamento una nuova ipotesi di archiviazione all'interno dell'art. 411 c.p.p., contestualmente all'introduzione del nuovo istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131*bis* c.p.p.. La *ratio* della modifica è individuabile nell'intento del legislatore di realizzare effetti deflattivi sul carico dibattimentale attraverso un sistema di «depenalizzazione processuale»²²². Prima di esaminare i presupposti sostanziali per l'applicazione della norma e i vari aspetti del

²¹⁸ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, appendice, commento art. 162 *ter* c.p., pag. 3468.

²¹⁹ Il nuovo art. 162 *ter* c.p. prevede al secondo comma che «quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo».

²²⁰ G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 19-20.

²²¹ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, appendice, commento art. 162 *ter* c.p., pag. 3468.

²²² Così F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato, op. cit.*, pag. 23.

peculiare procedimento di archiviazione previsto dall'art. 411.1 *bis* c.p.p., si pone come doverosa una necessaria premessa riguardo l'*humus* concettuale e normativo da cui ha avuto origine la modifica.

Tra i pilastri del diritto penale moderno, oltre che dal principio di legalità, un ruolo centrale è costituito dal principio di offensività del reato. Il contenuto di suddetto principio è duplice in quanto impone da un lato al legislatore di incorporare all'interno della fattispecie penale solo ciò che già è percepito nella coscienza giuridica dei consociati come "fatto offensivo di un bene giuridico" e quindi portatore di un proprio disvalore concreto; da altro punto di vista invece al giudice si demanda il delicato compito di punire fatti, che seppur corrispondenti al modello legale, siano al contempo concretamente offensivi (c.d. concezione realistica del reato).²²³ Fin dai primi anni di vigenza del codice parte della dottrina auspicava l'introduzione di uno strumento che consentisse di non promuovere l'azione penale dinanzi ad ipotesi di "concreta inidoneità offensiva del fatto"²²⁴. Proprio nella concezione realistica del reato²²⁵ si vedeva lo spiraglio per poter conseguire l'obiettivo desiderato. Secondo questa teoria dottrinale e giurisprudenziale, affinché la pretesa punitiva statale possa essere legittimamente attuata, è necessario che, oltre agli elementi già tipizzati nella norma, sussista un ulteriore requisito ossia la concreta offensività e dannosità del fatto di reato.

²²³ Così sinteticamente la ricostruzione presentata in F. PALAZZO *Corso di diritto penale. Parte generale.*, Torino, 2013., pag. 61-62.

²²⁴ V. ZAGREBELSKY *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, - un problema attuale*, in *Cass. Pen.*, 1992, pag. 3186 e ss.

²²⁵ Si deve precisare che la c.d. concezione realistica del reato si fonda sul disposto dell'art. 49.2 c.p. per cui «La punibilità è altresì esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso» (c.d. reato impossibile). Sul punto sottolinea F. PALAZZO *Corso di diritto penale, op. cit.*, (V edizione), pag. 88, che la concezione realistica del reato porta il giudice a ricercare un elemento ulteriore rispetto a quelli previsti nella norma ponendo in tensione principio di tipicità e di offensività. Ciò discende dal fatto che l'art. 49.2 c.p., fondamento normativo di suddetta teoria, è stato concepito per svolgere una funzione esclusivamente in materia di nesso di causalità. Lo stesso autore pertanto auspicava un intervento del legislatore per rispondere alle esigenze di cui si è detto.

Così nel furto oltre che alla sottrazione della cosa mobile altrui al fine di trarne profitto sarebbe necessario l'ulteriore requisito del valore patrimoniale della cosa sottratta pertanto non sarebbe punibile colui che, per dirla con un caso di scuola, sottragga un chicco d'uva²²⁶. Tuttavia, si avvertiva la necessità di introdurre una norma di parte generale che consentisse di allargare l'area operativa dell'archiviazione, senza che ciò si traducesse nell'accoglimento di un principio di opportunità dell'azione penale, poiché per evitare quest'ultimo inconveniente sarebbe stato sufficiente ancorare l'operatività dell'azione a presupposti normativi ben determinati²²⁷. Del resto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., non può essere oggetto di un «ossessivo rispetto formale»²²⁸, oggi a maggior ragione, dal fraporsi di esigenze concrete di deflazione e di esclusione dal circuito penale degli autori di reati non gravi, dopo l'intervento della nota sentenza Torregiani²²⁹.

I primi casi di rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato per «inoffensività concreta» del fatto si sono avute prima nel rito minorile con l'art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1998 e successivamente nel rito davanti al giudice di pace con l'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000. La prima norma prevede la possibilità che sia emanata sentenza di non luogo a procedere nei confronti del minore «per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne». La seconda disposizione invece prevede una condizione di procedibilità che opera quando «l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto

²²⁶ F. PALAZZO *Corso di diritto penale, op. cit.*, pag. 86-88.

²²⁷ M. CHIAVARIO *l'azione penale tra diritto e politica, op. cit.*, pag. 125 il quale parla di «opportunità controllata». L'autore offre inoltre un interessante prospettiva comparatistica di altri ordinamenti in cui un sistema di tal tipo già esisteva. *Ivi* pag. 128-131.

²²⁸ M. CHIAVARIO *l'azione penale tra diritto e politica, op. cit.*, pag. 127

²²⁹ D. FERRANTI *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale, op. cit.*

altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato». Si trattava tuttavia di interventi settoriali, non inquadrati all'interno di una norma di parte generale destinata ad operare per tutte le fattispecie così come auspicato in dottrina. La vera innovazione si ebbe con l'introduzione del nuovo art. 131**bis** c.p.. Nella relazione governativa allo schema di decreto legislativo²³⁰ si precisa che l'istituto fu destinato, sin dall'origine, a trovare applicazione non nei i casi di inoffensività *in toto*, i quali rientrerebbero nell'ambito applicativo dell'art. 49.2 c.p.²³¹, bensì in quei fatti che, nella loro tipicità, carichi di tutto il disvalore sociale espresso nella norma incriminatrice astratta, non apportino in concreto un'offesa significativa. Per dirla in altri termini se il caso del furto dell'acino d'uva rimane ipotesi riconducibile all'art. 49.2 c.p., l'art. 131 *bis* viene progettato per rispondere ad esigenze molto più concrete quali per fare alcuni esempi la coltivazione di piante da sostanze stupefacenti²³² di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990 dotate di modesto principio attivo²³³ o il reato in guida in stato di ebbrezza alcolica²³⁴ di cui all'art. 186.2 c.d.s. lettera b) e c).

²³⁰ Relazione all'art. 27 dello schema di delega legislativa par. 33, commissione Palazzo in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Si precisa nella relazione che rientrano nell'ambito applicativo «non i fatti inoffensivi, come tali privi di rilevanza penale, ma quelli dotati di una offensività a bassa valenza, cioè caratterizzati da un disvalore talmente modesto che la stessa instaurazione di un processo finirebbe per essere ritenuta una “reazione sproporzionata” da parte dello Stato.».

²³¹ Cfr. in tal senso D. GROSSO *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *diritto penale e processo*, 2015, pag. 518.

²³² Vd. *amplius* G. AMATO *La quantità di principio attivo deve far escludere una possibile diffusività*, in *Guid. Dir.*, 2014, n. 42, pag. 82 e ss.

²³³ Cfr. Cass. Sez. VI, 8 aprile-30 luglio 2014 n. 33835, «Per la punibilità penale della condotta di coltivazione di piante da sostanze stupefacenti non basta il compimento dell'azione tipica, ma occorre che il giudice verifichi l'offensività “in concreto” della condotta nello specifico posta in essere, dovendosi escludere così la punibilità quando questa dimostri tale lievità da essere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcuna ulteriore diffusione della sostanza».

²³⁴ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681 e n. 13682.

Per quanto riguarda la natura del nuovo istituto, in sede di lavori preparatori, vi fu un dibattito²³⁵ sulle due astratte possibili qualificazioni di causa di non punibilità o di condizione di non procedibilità. Quest'ultima soluzione avrebbe avuto senza dubbio dei pregi in quanto avrebbe consentito di realizzare le esigenze deflative oggetto della riforma, garantendo l'operatività della norma sin dalla fase delle indagini preliminari, senza incidere sulla disciplina dell'archiviazione²³⁶. Sotto altro profilo la qualificazione del 131 *bis* c.p. risulta più coerente con la nozione di causa di non punibilità²³⁷. In primo luogo, perché la condizione di procedibilità opera attraverso requisiti in genere esterni al reato ed al suo autore²³⁸. In secondo luogo, assicura il diritto ad un'assoluzione con formula piena *ex art.* 129.2 c.p.p., tenendo conto del fatto che, quantomeno a processo avviato, dovendo il giudice ricostruire il fatto di reato in tutti i suoi elementi provvederà con la formula più favorevole per l'imputato, diversamente la condizione di procedibilità avrebbe condotto ad una conclusione *ab instantia* del procedimento²³⁹. Il legislatore ha infine optato per una strutturazione della norma conforme al paradigma della causa di non punibilità, come si evince tanto dalla rubrica quanto dal testo, e ne ha sancito l'applicabilità anche in fase di indagini. Per concludere sul punto, si è di fronte ad una causa di non punibilità *sui generis* «basata sull'accertamento di presupposti precisati dalla legge in modo dettagliato, e solo dinanzi alla loro sussistenza ed a seguito di un accertamento rigoroso, lo Stato può rinunciare alla propria pretesa punitiva»²⁴⁰.

²³⁵ Vd. *amplius* F. CAPRIOLI *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2012, pag. 7 e ss.

²³⁶ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 27.

²³⁷ Cfr. in giurisprudenza *Cass. Sez. III*, 8 ottobre 2015, n. 47039 e *Cass. Sez. IV*, 10 novembre 2016, n. 5254.

²³⁸ F. CAPRIOLI e AA.VV. *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. Pen.*, 2006, pag. 3496 e ss.

²³⁹ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 27.

²⁴⁰ Così. P. TONINI *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, pag. 617-618

Tuttavia, questa soluzione ha imposto la modifica dell'art. 411 c.p.p., nel quale è stato introdotto il nuovo comma *1bis*, proprio per far fronte all'inedita operatività di una causa di non punibilità in sede di archiviazione. Dalla natura di causa di non punibilità discendono ulteriori considerazioni che la giurisprudenza ha individuato nei primi anni di applicazione della norma. In merito all'onere della prova la Corte di Cassazione ha stabilito che spetta in ogni caso alla difesa l'onere positivo della prova dei presupposti previsti dall'art. 131*bis*, di conseguenza l'accusa non è tenuta a fornire la prova negativa degli stessi²⁴¹. Si è precisato inoltre che nello specifico si tratta di una causa soggettiva di non punibilità dal momento che l'applicazione della stessa risulta essere subordinata alla ricorrenza di requisiti di natura soggettiva, quali la non abitualità del comportamento e il grado o l'intensità del dolo o della colpa. Il che porta all'assunto per cui vi è la possibilità che venga a configurarsi un concorso di reati in cui uno dei concorrenti non sia punibile *ex art. 131bis c.p.*²⁴². Ultima ma non meno importante considerazione attiene infine al rapporto della causa di non punibilità in questione con cause di estinzione del reato quali la prescrizione. Sul punto la Corte di Cassazione ha sottolineato come la non punibilità del fatto non determina il venir meno del reato ma anzi lo presuppone e ciò non può che portare a riconoscere la prevalenza delle cause estintive²⁴³. Si tratta di una conclusione condivisa in dottrina derivante dalla riconduzione della particolare tenuità del fatto nel concetto di causa di non punibilità «atipica»²⁴⁴ dal momento che da essa, non solo si presuppone l'accertamento della

²⁴¹ Cass. Sez. II, 10 aprile 2015, n. 32989.

²⁴² Cass. Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683.

²⁴³ Cass. Sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 11040; Cass. Sez. III., 8 ottobre 2015, n. 50215; Cass. Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055 e da ultimo Cass. Sez. I, 6 luglio 2016, n. 38833 la quale ha anche precisato che «in caso di annullamento con rinvio circoscritto alla particolare tenuità del fatto, il giudice del rinvio deve limitarsi all'accertamento *ex art. 131 bis c.p.*: non può invece rilevare l'intervenuta prescrizione del reato maturata successivamente alla conclusione del giudizio di legittimità, per via del formarsi del giudicato progressivo in seguito alla sentenza di annullamento».

²⁴⁴ G. SPANGHER *La prescrizione del reato prevale sulla particolare tenuità del fatto*, in *Giur. It.*, 2015,

responsabilità penale e l'attribuibilità del fatto al suo autore, ma ne conseguono anche effetti pregiudizievoli per l'indagato²⁴⁵ come l'iscrizione nel casellario giudiziale del relativo provvedimento e la possibile rilevanza nei giudizi civili e amministrativi.

3.1.1: I presupposti della particolare tenuità del fatto.

Come già intuibile nelle considerazioni espresse nel paragrafo precedente, non c'è dubbio che il primo requisito per l'applicazione dell'istituto sia rinvenibile nella commissione da parte dell'imputato di un fatto storico antiggiuridico, ossia in assenza di cause di giustificazione o altre cause di non punibilità, offensivo di un bene giuridico sebbene l'offesa debba essere caratterizzata dalla particolare tenuità²⁴⁶. Per dirla in breve ciò che deve sussistere è la commissione di un reato, in tutti i suoi elementi²⁴⁷.

L'ambito di applicazione è stato individuato sulla base della «gravità astratta del reato»²⁴⁸ essendo agganciato al preciso limite dei «reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena». Pertanto, la giurisprudenza di Cassazione ha ribadito come la norma *de quo* abbia portata generale²⁴⁹ e sia applicabile a tutte le fattispecie rientranti nei limiti di pena, compresa la forma tentata, e tanto ai reati di danno quanto a quelli di pericolo²⁵⁰. Dunque, premesso che in ipotesi, qualunque reato, persino l'omicidio volontario, possa essere caratterizzato da particolare tenuità, la scelta del

pag. 7 e ss.

²⁴⁵ A. PANETTA *La declaratoria di estinzione del reato per prescrizione prevale sulla esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.* n. 05/2017.

²⁴⁶ Così. P. TONINI *Manuale di procedura penale*, op. cit., pag. 618.

²⁴⁷ T. PADOVANI *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guid. Dir.*, 2015, n.15, pag. 19 e ss., pag. 19.

²⁴⁸ G. ALBERTI *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *diritto penale e processo* n. 3/2017, pag. 406.; È appena il caso di notare che quanto sinora detto comporta che ai sensi dell'art. 2 c.p. la disciplina applicabile sarà quella del c.4, con conseguente impossibilità di ottenere la revoca della sentenza di condanna ex 673 c.p.p., in quanto non si tratta di un'ipotesi di *abolitio criminis*; sul punto *Cass. Sez. V*, 2 luglio 2015, n. 5800.

²⁴⁹ *Cass. Sez. Un.*, 25 febbraio 2016, n. 13682.

²⁵⁰ *Cass. Sez. III*, 10 gennaio 2017, n. 9129.

legislatore di ancorare l'operatività della fattispecie a precisi limiti di pena va rintracciata nell'esigenza di assicurare la funzione generalpreventiva²⁵¹ della pena. Infatti, l'art. 131**bis**, come tutte le cause di non punibilità non consiste altro che in una rinuncia dello Stato ad applicare la pena per mere ragioni di inopportunità, in tal caso dettate, come visto, da esigenze di decongestionamento del sistema. L'individuazione di un limite minimo edittale ha lo scopo di fare in modo che la minaccia della sanzione penale continui comunque a svolgere la sua funzione in ordine a quei reati non compresi nell'ambito applicativo, ritenuti potenzialmente più gravi. Sul punto è stato osservato in dottrina come in realtà la scelta di fare riferimento al massimo, anziché al minimo edittale, sia opinabile. Infatti, l'interprete, nel verificare la possibilità di applicare l'art. 131 *bis* c.p., sarà indefettibilmente costretto a far riferimento alla «massima gravità possibile» e non alla «minima gravità necessaria»²⁵².

Ai fini del calcolo del *quantum* di pena suddetto non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle che prevedono una pena diversa e di quelle ad effetto speciale, inoltre non si tiene conto del giudizio di bilanciamento fra circostanze di cui all'art. 69 c.p.. Come si legge nella Relazione ministeriale (pag. 4) detto limite è volto a «contenere il margine di discrezionalità del giudice» ma non si può trascurare che si percepisce una certa sfiducia del legislatore nei confronti dell'organo giudicante circa il corretto compimento di dette valutazioni, impedendo una valutazione complessiva del

²⁵¹ T. PADOVANI *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, op. cit., pag. 20.

²⁵² T. PADOVANI *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, op. cit., pag. 20, il quale sottolinea che il «minimo esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo».

fatto nel suo attenuarsi o aggravarsi²⁵³. La norma si cura di precisare che la causa di non punibilità non si pone in un rapporto di incompatibilità con eventuali circostanze attenuanti basate sulla particolare tenuità del danno o del pericolo, come per esempio avviene nel caso dell'art. 62, n. 4 c.p.. Soluzione che sarebbe stata ricavabile facendo ricorso al disposto dell'art. 15 c.p. per cui la norma penale speciale deroga a quella generale²⁵⁴. Del resto, nelle circostanze il legislatore si riferisce alla speciale tenuità del solo evento del reato, mentre nel caso di specie, sembra riferirsi anche, ed in particolar modo, alla condotta²⁵⁵. Sul punto si può inoltre precisare che la sussistenza dell'attenuante non implica di per sé l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. dal momento che questa dipende, come si vedrà a breve, da ulteriori requisiti quali la non abitualità del comportamento e la tenuità dell'offesa. Viceversa, la non sussistenza della circostanza esclude l'operatività della causa di non punibilità perché a monte si esclude la tenuità dell'offesa stessa²⁵⁶.

In ordine all'ambito applicativo della norma, è sorta una questione interpretativa che ha portato alla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁵⁷ attraverso due sentenze gemelle. Non è chiaro, infatti, se dinanzi a fattispecie che prevedano una soglia punitiva penale²⁵⁸, il giudice possa applicare o meno il 131 *bis*, dal momento che il legislatore circoscrive già l'area del penalmente rilevante distinguendola dall'illecito amministrativo, attraverso parametri propri, che precluderebbero qualsiasi tipo di valutazione discrezionale in punto di rilevanza penale del fatto. Sicché per via di quest'interpretazione, allorquando il fatto costituisca solo illecito amministrativo, la

²⁵³ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, op. cit., pag. 37.

²⁵⁴ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, op. cit., pag. 38.

²⁵⁵ T. PADOVANI *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, op. cit., pag. 20.

²⁵⁶ Cass. Sez. I, 21 maggio 2015, n. 27246.

²⁵⁷ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681 e n. 13682.

²⁵⁸ L'esempio emblematico è costituito dall'art. 186 c.d.s. che è stata proprio la norma che ha posto il problema interpretativo affrontato nelle due sentenze succitate.

tenuità è già individuata dal legislatore²⁵⁹. La Suprema Corte ha rilevato che la selezione dei fatti penalmente rilevanti rimane prerogativa del legislatore, che nella sua discrezionalità, può delimitare l'applicazione della sanzione sul piano astratto ma in concreto è il giudice che valuta l'effettiva gravità del fatto²⁶⁰. Tuttavia, e concludendo in merito agli aspetti legati al *quantum* massimo di pena necessario, merita di essere sottolineato che la norma lascia piuttosto insoddisfatti autorevoli esponenti della dottrina. «La verità è che l'attitudine di un comportamento criminoso a manifestarsi in forma tenue ha a che fare con la concreta graduabilità dell'offesa assai più che con l'astratta gravità della fattispecie criminosa: tant'è che, rovesciando il discorso, molti reati di modestissimo impatto lesivo stenteranno per loro natura ad assumere connotati di particolare tenuità (difficile, ad esempio, che il danno possa rivelarsi concretamente esiguo in un caso di ingiustificata inottemperanza dello straniero all'obbligo di esibizione del documento di identità e del permesso di soggiorno)»²⁶¹.

Nonostante la particolare tenuità del fatto possa essere oggetto di un provvedimento di archiviazione, non si pongono particolari problematiche con il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), giacché il legislatore ha previsto precisi requisiti, di natura essenzialmente oggettiva, in grado di fungere da baluardo²⁶² contro i possibili arbitri dell'organo inquirente e requirente. La punibilità è esclusa solo al ricorrere di due requisiti: la particolare tenuità dell'offesa, valutata ai sensi dell'art. 133.1 c.p. in relazione alle modalità della condotta e

²⁵⁹ E. ANDOLFATTO *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, C.d.S.)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 aprile 2016.

²⁶⁰ È stato infatti ritenuto correttamente applicabile l'art. 131 bis al caso di una guida in stato di ebbrezza all'interno di un parcheggio, Cfr. Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681.

²⁶¹ Così testualmente F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 82 e ss., pag. 89.; non si deve dimenticare che il limite edittale individuato nel massimo è potenzialmente idoneo a ricomprendere fattispecie molto gravi.

²⁶² In tal senso F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 84-85.

all'esiguità del danno e del pericolo; e la non abitualità del comportamento. Invero solo il primo dei due requisiti assume la vera e propria funzione di presupposto oggettivo, essendo la non abitualità, essenzialmente un requisito avente lo scopo di realizzare esigenze specialpreventive, precludendo l'accesso all'istituto ai soggetti "non meritevoli" perché «dotati di una personalità negativa derivante dalla commissione di altri reati»²⁶³. Il richiamo all'art. 133 c.p., nell'individuazione della particolare tenuità dell'offesa, ha suscitato negli interpreti la necessità di risolvere eventuali problematiche ed interrogativi. In primo luogo, il n. 2) (gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa del reato) potrebbe indurre a ritenere che l'art. 131 *bis* possa essere applicato solo a quei reati in cui vi sia una persona offesa o un danno concreto. La giurisprudenza ha riconosciuto che, avendo l'istituto portata applicativa generale, può trovare applicazione qualora la condotta sia idonea a procurare un lieve pericolo al bene giuridico tutelato dalla norma²⁶⁴, riconoscendone l'applicabilità ai reati di pericolo. Un secondo profilo problematico è costituito dal n. 3) dell'art. 133 c.p. il quale, facendo riferimento all'intensità del dolo o al grado della colpa, sarebbe in grado di indurre gli operatori ad indebiti soggettivismi, verso cui, fin dalla genesi della norma, il legislatore si è sempre orientato per una totale esclusione. A dimostrazione di ciò vi è fatto che il rinvio della norma sia circoscritto al solo primo comma, il che comporta che siano esclusi tutti i criteri di valutazione della gravità del reato riconnessi alla personalità dell'autore²⁶⁵. Tuttavia, anche sul punto il chiarimento della giurisprudenza è stato inequivoco; come si deduce dalla stessa Relazione ministeriale, la valutazione

²⁶³ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 131*bis*, pag. 1241.

²⁶⁴ Cass. Sez. III., 18 febbraio 2015, n. 11048 in materia di reati paesaggistici; v.d. anche *supra* in materia di guida in stato di ebbrezza.

²⁶⁵ Tuttavia, sottolinea F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato, op. cit.*, pag.41, che a rischio di soggettivismo sono le ipotesi, di cui al comma 2, di non tenuità dell'offesa tra cui, per fare un esempio, l'aver agito per motivi abietti o futili.

dell'intensità dell'elemento soggettivo rivela in termini di corretta individuazione delle modalità della condotta e quindi della particolare tenuità dell'offesa²⁶⁶. Nella *ratio legis* l'elemento soggettivo rivela in particolar modo in relazione alla colpevolezza, ossia in termini di giudizio di rimproverabilità che l'ordinamento può muovere verso l'imputato²⁶⁷. Nell'intento di limitare ulteriormente la discrezionalità del giudice, sono state inserite nel comma 2 delle ipotesi in cui l'offesa non può essere dichiarata di particolare tenuità. Si tratta di una disposizione ultronea²⁶⁸ giacché è quasi scontato che difficilmente, al ricorrere di suddette situazioni, l'offesa possa essere tenue²⁶⁹.

Infine, ultimo requisito richiesto è la non abitualità del comportamento allo stesso modo di come accadeva già negli omologhi istituti del rito minorile e nel procedimento dinanzi al giudice di pace riguardo alla non occasionalità del comportamento, nonché come precisato nei progetti di riforma²⁷⁰, allo scopo di rendere in ogni caso punibile la condotta tenue se ripetuta nel tempo. Tuttavia, il concetto di non abitualità risulta essere distinto e di gran lunga più ampio²⁷¹ rispetto al concetto di non occasionalità se si tiene conto del fatto che la relazione governativa allo schema di decreto legislativo si cura di precisare che la sola presenza di un precedente penale «non è di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto»²⁷². Infatti, nella norma in questione, il riferimento alla non abitualità allude al passato ossia all'assenza di precedenti dai quali sia desumibile la reiterazione del medesimo

²⁶⁶ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 1368.

²⁶⁷ Ciò in ossequio alla c.d. concezione tripartita del reato per cui il reato viene concepito come composto dai tre elementi: tipicità, antigiuridicità e colpevolezza. V.d. *amplius* F. PALAZZO *Corso di diritto penale op. cit.*

²⁶⁸ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato, op. cit.*, pag.41.

²⁶⁹ G. ALBERTI *Non punibilità per particolare tenuità del fatto, op. cit.*, pag. 408.

²⁷⁰ Relazione all'art. 27 dello schema di delega legislativa par. 33, commissione Palazzo in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

²⁷¹ SPANGHER G. GIARDA A. *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 131bis, pag. 1242.

²⁷² Relazione governativa, pag. 4 in *www.governo.it*.

comportamento. Viceversa, la non occasionalità del comportamento, requisito degli istituti operanti nei riti speciali, consiste, di fatto, in una prognosi di non recidività e di conseguenze guarda al futuro²⁷³. Il legislatore delegato ha scelto di definire in negativo il concetto di non abitualità individuando al terzo comma i casi di abitualità del comportamento. Essi sono elencabili nelle seguenti ipotesi: dichiarazione di delinquente abituale, professionale o per tendenza nei confronti dell'autore del reato; commissione di più reati della stessa indole, anche se uno di essi possa essere caratterizzato dalla particolare tenuità; reati che hanno ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate. Ancora una volta si dimostra evidente la preoccupazione del legislatore di ancorare la norma a presupposti ben determinati dal momento che, sul concetto di non abitualità in particolar modo, diversamente il giudice sarebbe stato costretto a compiere valutazioni imprevedibili ed arbitrarie²⁷⁴. Proprio per questa ragione si è giunti a riconoscere in suddette ipotesi il carattere della tassatività²⁷⁵. Particolari problematiche non si pongono in relazione alla prima situazione purché la dichiarazione del corrispondente *status* sia stato oggetto di una pronuncia giurisdizionale²⁷⁶. Vi è unanimità di vedute, in merito al non potersi ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 131 *bis* alcune fattispecie che rientrano proprio nel concetto di reati avente ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate²⁷⁷, quale la fattispecie di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) e in genere tutti i

²⁷³ G. SPANGHER. *L'irrelevanza del fatto*, in *Dir. e giust. minorile*, 2015, p. 19 e ss..

²⁷⁴ F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 98.

²⁷⁵ T. PADOVANI *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, *op. cit.*, pag. 22.; *contra* Cass. Sez. V, 2 luglio 2015, n. 5800.

²⁷⁶ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag.41.

²⁷⁷ È da segnalare che in giurisprudenza e dottrina la norma *de quo* ha suscitato interrogativi in ordine alla riconducibilità della nozione di abitualità della condotta nel concorso formale, nel reato continuato e nel reato permanente. In ordine alla prima problematica si è concluso che l'art. 131*bis* richiede la realizzazione di una pluralità di condotte materiali mentre il concorso formale si caratterizza proprio per essere ricondotto ad un'unica condotta (Cass. Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039); nonostante oscillazioni (Cass. Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897; Cass. Sez. V, 15 maggio 2015, n. 45190) la giurisprudenza tende oggi a considerare possibile l'applicazione della causa di non punibilità nell'ambito dei reati abituali. La realizzazione degli stessi, all'interno di un medesimo disegno criminoso, non esclude infatti

reati seriali²⁷⁸. Il testo suscita perplessità riguardo la riconducibilità nella nozione di ‘reati della stessa indole’ dei precedenti provvedimenti declaratori della particolare tenuità del fatto. In particolar modo il problema si pone per i provvedimenti di archiviazione e ciò per una duplice ragione. In primo luogo, è certo che all’esito del dibattimento si potrà essere di fronte ad un fatto accertato i tutti i suoi elementi, e quindi può considerarsi come già commesso, ma lo stesso non si può dire in merito a un fatto per cui non sia neanche stata esercitata l’azione penale²⁷⁹. In secondo luogo, non si deve dimenticare che il d.lgs. n. 28/2015 ha modificato l’art. 3, lett. f) del D.PR. 14-11-2002, n. 313 imponendo l’iscrizione nel casellario giudiziale di tutti i provvedimenti che dichiarano la non punibilità ai sensi dell’art. 131 *bis* c.p., compresi decreti ed ordinanze di archiviazione²⁸⁰. Le criticità sono state affrontate dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite che, nonostante ipotizzabili lesioni del principio di presunzione di innocenza, sono giunte alla conclusione che «l’annotazione è l’antidoto indispensabile contro l’abuso dell’istituto» dal momento che diversamente si «determinerebbe, incongruamente, la possibilità della concessione della non punibilità molte volte nei confronti della stessa persona»²⁸¹. Ad ogni modo il legislatore non è rimasto indifferente alle suesposte problematiche ed ha modificato la disciplina dell’art. 411 c.p.p.

che le condotte possano essere valutate singolarmente in quanto sul punto, a differenza dei più reati della stessa indole, la norma non specifica che i fatti debbano essere considerati anche individualmente (Cass. Sez. F. 20 agosto 2015, n. 35671); Infine in ordine al reato permanente si è stabilito che esso non è di per sé ostativo all’applicazione dell’art. 131 *bis*, tuttavia tanto più l’offesa sarà permanente tanto quanto sarà difficile il configurarsi di un fatto caratterizzato da particolare tenuità (Cass. Sez. III, 8 agosto 2015, n. 47039 e n. 50215).

²⁷⁸ Così fra i tanti in dottrina P. TONINI *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, pag. 619.

²⁷⁹ In tal senso F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 102, il quale osserva anche come la conclusione derivi dal mutamento di rotta, avvenuto nei vari schemi legislativi, dalla non occasionalità alla non abitualità. Quest’ultima presuppone infatti un accertamento di un fatto già compiutosi, che a rigore potrà avvenire solo con una sentenza di condanna. Viceversa, la non occasionalità riguarda un giudizio prognostico di non recidività pertanto si sarebbe potuto giocare sulla mancanza di efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e in questo modo risolvere alla radice il problema attraverso la riapertura delle indagini. Percorrendo questa strada, tuttavia, il 131 *bis* sarebbe diventato una sottospecie di sospensione condizionale.

²⁸⁰ Relazione governativa, par. 9, pag. 8, in *www.governo.it*.

²⁸¹ Cass. Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681.

introducendo un procedimento di archiviazione *ad hoc*. In esso la più rilevante peculiarità è senza dubbio costituita dalla possibilità dell'indagato di presentare opposizione, ed in tal modo evitare gli effetti sfavorevoli di un provvedimento di archiviazione *ex art. 411bis c.p.p.*, puntando ad una pronuncia più "appetibile", a processo avviato nel senso di un'assoluzione piena, o tuttalpiù rilevando la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 408 c.p.p. in fase di indagini preliminari²⁸².

3.1.2: Il procedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto.

Dall'esame dei presupposti risulta chiaro che la decisione sul fatto tenue ne presuppone la sussistenza, essendo richiesta la ricostruzione delle specifiche caratteristiche e modalità. Al «giudice è in sostanza richiesto un accertamento sul fatto storico che, in via tendenziale, dovrebbe essere compiuto nella fase del giudizio»²⁸³. Proprio da questa considerazione hanno avuto origine le due possibili soluzioni prospettate dagli operatori al momento della creazione della norma ossia quella c.d. "processuale" e quella c.d. "procedimentale". La prima avrebbe senza dubbio assicurato che le criticità suesposte non si producessero. La pronuncia sarebbe intervenuta in dibattimento, quale sede garantita per eccellenza, affibbiando il ruolo di quinta ruota del carro alla nuova causa di non punibilità, giacché il giudice di fronte alla sussistenza dei presupposti per un'assoluzione piena si sarebbe sempre pronunciato con la formula più favorevole all'indagato²⁸⁴. Così ragionando si sarebbero però traditi gli scopi deflattivi della riforma. Lo stesso principio di non superfluità del processo sarebbe

²⁸² G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 131bis, pag. 1243.

²⁸³ P. TONINI *Manuale di procedura penale, op. cit.*, pag. 619.

²⁸⁴ Questa la principale considerazione in F. CAPRIOLI e AA.VV. *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto riflessioni a margine di una recente proposta, op. cit.*, pag. 3500.

stato sottoposto ad una rivisitazione “necessaria”²⁸⁵ perché di fronte ad indagini complete, il p.m., pur prospettando l'immediata definizione del procedimento, sarebbe stato costretto ad esercitare l'azione penale per richiedere una sentenza di non luogo a procedere *ex art. 131 bis*. Per queste e altre ragioni la strada intrapresa fu quella opposta, al fine di garantire il massimo spettro applicativo alla disposizione fin dalle prime battute processuali, e al contempo qualificandola, non come condizione di procedibilità, bensì come causa di non punibilità. I rilievi critici, circa la necessità di un accertamento della responsabilità dell'indagato in sede di indagine, possono essere superati se si tiene presente la possibilità che la stessa venga riconosciuta sussistente solo in ipotesi dal pubblico ministero²⁸⁶. In altri ordinamenti²⁸⁷, seppur esista il principio di obbligatorietà dell'azione penale, gli istituti basati sull'esiguità del fatto vengono strutturati su un giudizio di colpevolezza dell'indagato soltanto ipotetico²⁸⁸. Ad ogni modo non si può negare che il legislatore non poteva fare a meno di riconoscere il diritto di opposizione dell'indagato, anche a tutela della propria reputazione e onorabilità²⁸⁹, per questa ragione ha ideato un vero e proprio *sub* procedimento²⁹⁰ di archiviazione, distinguendo la disciplina in questione dalle altre ipotesi classiche di archiviazione. Alcuni autori hanno criticato quest'ultimo aspetto perché introducendo ulteriori aggravati procedurali, a partire dalla notifica della richiesta di archiviazione anche

²⁸⁵ F. CAPRIOLI e AA.VV. *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto riflessioni a margine di una recente proposta*, *op. cit.*, pag. 3501.

²⁸⁶ Soluzione accolta dalla Corte Costituzionale in riferimento all'analogo istituto del rito minorile. «È evidente che il giudice per le indagini preliminari è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta del pubblico ministero in astratto e assumendo l'ipotesi accusatoria, per l'appunto, come mera ipotesi, e non dopo aver accertato in concreto che il fatto è stato effettivamente commesso e che l'imputato ne porta la responsabilità». Così Corte Cost. 22 ottobre 1997, n. 311.

²⁸⁷ Un esempio lampante è costituito dal par. 153 del c.p.p. tedesco

²⁸⁸ G. CORDERO, *Oltre il "patteggiamento" per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il "nostro" art. 112 Cost.*, in *Leg. pen.*, 1986, p. 668.

²⁸⁹ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 29.

²⁹⁰ E. DE CAIS, *Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *diritto penale e giustizia* n. 1/2017, pag. 100.

all'indagato, conterrebbe un'implicita contraddizione alle finalità deflative tanto paventate dalla riforma. Sarebbe stato più opportuno allora assicurare all'indagato le stesse garanzie dibattimentali e circoscrivere l'operatività dell'istituto alla sola fase processuale, ossia dopo l'esercizio dell'azione penale²⁹¹. Sul punto non si può fare a meno di evidenziare come l'udienza camerale di questo procedimento di archiviazione «garantita»²⁹² rimanga diverso dalla struttura del giudizio di merito e si innesti sull'architettura classica del procedimento di archiviazione. L'udienza camerale è difatti ontologicamente inidonea all'assunzione di prove in contraddittorio²⁹³, con tutte le formalità che ne conseguono, al punto che l'accertamento di tutti i presupposti della tenuità potrà avvenire solo nelle ulteriori fasi procedurali. Il prezzo pagato in termini di economia processuale è d'altro canto compensato dai pregi rinvenibili nella soluzione prescelta. Consentendo l'archiviazione si rende infatti possibile l'aggiramento di "prassi distorte" degli uffici di procura tesi a lasciar prescrivere i reati una volta iscritti nei registri²⁹⁴ o a iscrivere a mod. 45 fatti potenzialmente di particolare tenuità²⁹⁵, ascrivendoli nella nozione di "pseudonotizie di reato"²⁹⁶.

Il d.lgs. n. 28/2015 ha modificato anche gli artt. 425 c.p.p. (sentenza di non luogo a procedere), l'art. 469 c.p.p. (proscioglimento prima del dibattimento), l'art. 530

²⁹¹ C. CESARI *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, pagg. 216 e ss.

²⁹² L'appellativo in tal senso in F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*

²⁹³ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, pag. 621, nota 37.

²⁹⁴ Spesso avvalendosi dei criteri di priorità in merito ad alcuni reati anziché ad altri espressi dal capo dell'ufficio o dalla procura generale. Tuttavia, sul punto è importante segnalare che la riforma Orlando ha modificato l'art. 407 c.p.p. introducendo il nuovo comma 3 *bis*. «In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415-bis. [...] Ove non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito dal presente comma, il pubblico ministero ne dà immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello».

²⁹⁵ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 29-30.

²⁹⁶ Vd. *infra* par. 4.

c.p.p. (sentenza di assoluzione) e introdotto il nuovo art. 651 *bis* c.p.p.²⁹⁷ (efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno). Non è stato invece modificato l'art. 129 c.p.p.. La ragione risiede nelle considerazioni già espresse nei paragrafi precedenti in merito alla questione²⁹⁸. L'art. 131 *bis* può operare in sede di archiviazione allo stesso modo di qualsiasi altra causale archiviativa ma il legislatore ha continuato a prevedere l'impossibile applicazione dell'art. 129.2 c.p.p. in fase di indagini preliminari. Se ne deduce che in questa fase si riconosce il diritto dell'indagato di presentare opposizione ma non un diritto al provvedimento più favorevole²⁹⁹. Tuttavia, il ruolo che assume l'intervento dell'interessato, in tale prospettiva, non è di poco conto potendo influire sulla decisione del gip e rinunciare *de facto* alla causa di non punibilità. Rinunciando poi alla c.d. teoria formalista, per cui le ipotesi di archiviazione in diritto di cui all'art. 411 c.p.p. sarebbero pleonastiche³⁰⁰, si potrebbe riconoscere che l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato sia senza dubbio un provvedimento più favorevole giacché nulla si afferma in esso circa la sussistenza del fatto. Viceversa, il 131 *bis* si fonda proprio sulla sussistenza di un fatto penalmente rilevante seppur tenue. Dal momento che è pressoché unanimemente condiviso in dottrina³⁰¹ che il gip non sia vincolato alla causa archiviativa oggetto della richiesta del p.m., si potrebbe ipotizzare

²⁹⁷ Il quale in conformità alla natura di causa di non punibilità dell'art. 131 *bis* c.p. prevede che si produca giudicato agli effetti dei giudizi civili e amministrativi circa l'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.

²⁹⁸ Vd *supra* par. 1 e 3.

²⁹⁹ In tal senso in F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 105.

³⁰⁰ F. CORDERO *Procedura penale*, *op. cit.*

³⁰¹ M. COLAMUSSI, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3445; C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen.*, *op. cit.*; G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione*, *op. cit.*; A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, *op. cit.*

che proprio allo stesso è affidato il delicato compito di emanare il provvedimento di archiviazione più favorevole³⁰².

Al momento della richiesta di archiviazione, il p.m. notifica all'indagato e all'offeso che, nel termine di 10 giorni³⁰³, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione. Non si può mancare di notare le differenze con la disposizione ordinaria di cui all'art. 408 c.p.p., dove è previsto che la comunicazione alla persona offesa sia effettuata solo previa richiesta di essere informata ed eccezionalmente in ogni caso qualora si tratti di reati commessi con violenza alla persona o del reato di cui all'art. 624 *bis* c.p.. Orbene mentre nella procedura ordinaria i termini sono maggiori in quest'ultima ipotesi, nel caso di cui si discute, nonostante vi sia un diritto a ricevere la comunicazione, il termine rimane quello di dieci giorni generandosi così un difetto di coordinazione tra le due norme³⁰⁴. In conformità al d.lgs. n. 212/2015, anche in questa disciplina, è riconosciuto alla vittima il ruolo di "parte attiva" del procedimento attuando allo stesso modo i principi comunitari. Come già sottolineato, un ruolo centrale viene assegnato anche all'indagato che specularmente all'offeso è destinatario della medesima comunicazione senza esplicita richiesta. È evidente che tanto la comunicazione quanto la partecipazione all'udienza camerale sono finalizzate ad attuare

³⁰² Per questa prospettiva E. DE CAIS, *Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pagg. 101-103. Cfr. in giurisprudenza Cass. Sez. V, 7 luglio 2016, n. 36857.

³⁰³ Merita di sottolineare che la riforma Orlando ha raddoppiato i termini per prendere visione degli atti e proporre opposizione, modificando l'art. 408 c.p.p., rispettivamente da 10 a 20 giorni per i reati ordinari e da 20 a 30 giorni per il reato di cui all'art. 624*bis* c.p. e per i reati commessi con violenza alla persona, mentre il termine in questione non è stato modificato. Il legislatore intendeva rafforzare il ruolo partecipativo della vittima (così G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, *op. cit.*, appendice sulla riforma Orlando, pag. 31) nell'ottica del d.lgs. n.212/2015 attuativo della direttiva 2012 n. 29. Tuttavia, si profilano problemi di coordinamento fra la disposizione dell'art. 410 *bis* c.p.p., sul nuovo istituto del reclamo giurisdizionale, e il mancato rispetto del termine di 10 giorni di cui all'art. 411 c. 1 *bis* c.p.p. dal momento che quest'ultima disposizione non è espressamente richiamata fra le ipotesi di nullità del provvedimento di archiviazione (G. COLAIOCOVO, *Riforma Orlando: procedimento di archiviazione*, in *www.parola alla difesa.it*, Pacini giuridica., 16 giugno 2017).

³⁰⁴ G. AMATO *L'archiviazione presuppone sempre l'avviso alle parti*, in *Guid. Dir.*, 2015, n.15, pag. 34 e ss., pag. 35.

il contraddittorio fra le parti, e in particolar modo verso colui che subirà gli effetti pregiudizievoli scaturenti dal provvedimento³⁰⁵. Del resto, l'esigenza del contraddittorio si desume dalla stessa specialità del procedimento. La giurisprudenza della Cassazione ha sottolineato che dinanzi ad una richiesta di archiviazione per altra causa, sebbene ne sussistano le ragioni, il gip non può archiviare *ex art. 131 bis c.p.*, poiché si configurerebbe altrimenti un'elusione delle garanzie procedurali poste a tutela del contraddittorio³⁰⁶. Con questa pronuncia si è definito il rapporto tra la norma sostanziale e quella processuale, le quali sono evidentemente legate da un «doppio filo»³⁰⁷, da ciò discende che il gip non può riformare *in peius* la richiesta di archiviazione del p.m..

Anche il contenuto dell'atto di opposizione è diverso rispetto al procedimento ordinario infatti l'art. 410 c.p.p. richiede che la persona offesa indichi, a pena di inammissibilità, l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova. Ciò che costituisce *condicio sine qua non* ai fini dell'ammissibilità dell'atto stesso qui non è richiesto in quanto è sufficiente la prospettazione di un mero dissenso rispetto alla richiesta del p.m.³⁰⁸. Ad ogni modo l'utilità per l'indagato, come già osservato, può essere individuata nella necessità di evitare gli effetti pregiudizievoli del provvedimento non essendo escluso che lo stesso si attivi al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione penale e l'instaurazione del processo, tutt'al più stimolando perfino l'imputazione

³⁰⁵ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, commento art. 411 c.p.p., pag. 1256; Sul punto è stato rilevato che l'indagato dovrebbe ricevere, attraverso la comunicazione, le informazioni relative a detti effetti pregiudizievoli, e in particolar modo, quelli derivanti dall'iscrizione nel casellario giudiziale, quali in *primis* l'impossibilità di beneficiare di un ulteriore provvedimento di tal specie. Così W. NOCERINO *Il contraddittorio necessario per l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.* n. 05/2017 p.p. 1975-1989, pag.1982.

³⁰⁶ Cass. Sez. V, 7 luglio 2016, n. 36857, in cui si afferma altresì la nullità del relativo provvedimento.

³⁰⁷ W. NOCERINO *Il contraddittorio necessario per l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, op. cit.*, pag. 1986, la quale sostiene anche che nel caso di specie il gip, qualora ritenga possibile archiviare per tenuità del fatto, abbia come unica possibilità il peculiare provvedimento di restituzione degli atti al p.m.

³⁰⁸ G. ALBERTI *Non punibilità per particolare tenuità del fatto, op. cit.*, pag. 411.

coatta³⁰⁹. Per la persona offesa l'atto di opposizione mantiene viceversa la sua natura ordinaria di atto di contestazione delle determinazioni del p.m. in ordine all'esercizio dell'azione penale sebbene oggetto di contestazione, nel caso di specie, possano essere non solo gli elementi del quadro probatorio, evidenziandone la completezza, bensì la sussistenza dei presupposti sostanziali previsti dall'art. 131 *bis* c.p.³¹⁰. È evidente che il potere di opposizione non è stato concepito come un potere di disposizione del processo o di veto sull'esercizio dell'azione penale³¹¹, alla stregua di una condizione di procedibilità o di come avviene nell'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000³¹². Questa scelta si spiega con la *ratio* deflattiva ispiratrice della riforma in quanto non si può negare che, in tal senso, sarebbe stato irragionevole far dipendere l'operatività della causa di non punibilità da un atto di volontà della vittima del reato³¹³. Non si può trascurare inoltre che la riforma ha comunque riconosciuto che la vittima possa far valere le proprie pretese nel processo civile per le restituzioni e il risarcimento del danno, data anche l'introduzione dell'art. 651 *bis* c.p.p.³¹⁴. Si deve comunque ricordare che la nozione di offeso e danneggiato non coincidono nel codice³¹⁵, e che di conseguenza, l'offeso che non subisce un danno potrà solo avvalersi dei poteri attribuitigli in fase di indagini preliminari. Ma il punto critico più rilevante è il non essere stato alterato il rapporto

³⁰⁹ L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale* G.M. BACCARI-K. LA REGINA-E.M. MANCUSO (a cura di), Padova, 2015, pag. 240 e ss.

³¹⁰ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, *op. cit.*, commento art. 411 c.p.p., pag. 1257.

³¹¹ Relazione governativa allo schema di decreto legislativo, par. 6, in *www.governo.it*.

³¹² L'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 prevede che la pronuncia del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto, nel corso delle indagini preliminari, è subordinato alla non sussistenza di un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Resta comunque una discrasia generale di sistema dal momento che nei procedimenti penali nei confronti dei maggiorenni interagiscono, confondendosi, due sistemi di non particolare tenuità del fatto profondamente differenti. Sarebbe stato opportuno l'abrogazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000 come suggerito nell'art. 6 del Progetto Canzio novembre 2013 e nell'art. 18 del Progetto Fiorella aprile 2013. (Così evidenzia criticamente F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 111).

³¹³ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 35.

³¹⁴ Vd. *supra* nota 296.

³¹⁵ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, *op. cit.*, pag. 196-170.

sentenza di condanna-risarcimento del danno di cui all'art. 538 c.p.p. per cui il danneggiato, anche se costituitosi parte civile nel processo penale, dovrà riesercitare l'azione civile in separata sede, e in ogni caso dovrà farlo in caso di emanazione di un provvedimento di archiviazione³¹⁶. Si deve anche tenere conto che, sebbene la particolare tenuità non vincoli il giudice in termini di quantificazione del danno ai sensi dell'art. 651 *ter* c.p.p., il danno risarcibile sarà nella stragrande maggioranza delle ipotesi di lieve entità, al punto da disincentivare l'instaurazione di un processo civile defatigante³¹⁷.

Anche gli esiti procedurali dell'art. 411*bis* c.p.p. possono essere diversi dall'ordinario procedimento di archiviazione e comportare particolari problematiche interpretative. Nei casi di accoglimento della richiesta di archiviazione, sia essa pronunciata con decreto *de plano*, in caso di opposizione inammissibile o non presentata, sia essa pronunciata con ordinanza a seguito dell'udienza camerale, non si pongono spunti critici e la disciplina applicabile rimane quella dell'art. 409 c.p.p., come si evince dall'espresso richiamo della norma. In caso di dissenso dalla richiesta di archiviazione il gip può invece adottare un provvedimento *sui generis*³¹⁸ di restituzione degli atti al p.m., sia all'esito dell'udienza camerale, sia nel caso di opposizione inammissibile o non presentata. La novità si può leggere in modo coerente alle necessità di tutela del contraddittorio dal momento che, come prospettato in dottrina³¹⁹, la restituzione degli atti permette la possibilità che il gip pronunci l'archiviazione per

³¹⁶ Per questi rilievi critici: F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 109, il quale sostiene inoltre che sarebbe stata opportuna una disciplina *ad hoc* sotto questo profilo o perlomeno modificare l'art. 75.3 c.p.p. ricomprendendo il caso di specie fra i casi di eccezione di sospensione del processo civile.

³¹⁷ F. CAPRIOLI *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, *op. cit.*, pag. 109.

³¹⁸ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 32.

³¹⁹ W. NOCERINO *Il contraddittorio necessario per l'archiviazione per particolare tenuità del fatto* *op. cit.*, pag.1989.

particolare tenuità successivamente, una volta che il p.m. abbia adempiuto l'obbligo di avviso verso entrambe le parti. Per il resto, anche in tal caso, gli ulteriori esiti possibili sono i medesimi previsti dall'art. 409 c.p.p. ossia l'indicazione al p.m. delle ulteriori indagini e l'imputazione coatta. Non è chiaro tuttavia se suddetti poteri possano essere esercitati solo a seguito dell'udienza camerale o a prescindere da essa né tantomeno se, in caso di dissenso, in mancanza di opposizione o di inammissibilità della stessa, si debba applicare in via analogica la disciplina del rito ordinario. Per un primo orientamento³²⁰ si ritiene che *per eadem ratio*, la disciplina applicabile debba essere quella ordinaria poiché l'esercizio dei poteri di cui all'art. 409.4 e 5 c.p.p., espressamente richiamati nelle ipotesi di dissenso del gip dall'art. 411.1 *bis* c.p.p., presuppone necessariamente lo svolgimento dell'udienza camerale, anche in caso di semplice dissenso del p.m.. In realtà, le risposte a questi interrogativi sono rinvenibili nella specialità stessa del procedimento³²¹, pertanto si può quantomeno ritenere che non sia necessaria l'udienza camerale per la restituzione degli atti al p.m., in quanto diversamente si genererebbe un aggravio non voluto dal legislatore. Da ultimo si può notare che la disposizione non richiama il comma 3 dell'art. 409 c.p.p., il che non esclude la possibilità che venga esercitato il potere di avocazione da parte del p.g. tuttavia ne è evidente la difficoltà del concreto esercizio scaturente dalla mancanza di comunicazione dell'udienza camerale, allorquando si ritenesse non applicabile la disciplina ordinaria³²².

³²⁰ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, op. cit., pag. 32

³²¹ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, op. cit., pag. 620-621.

³²² L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, op. cit., pag. 244.

4.: *Il potere di cestinazione della notizia criminis.*

Alla luce delle considerazioni già ampiamente espresse, si è giunti alla conclusione che il p.m. non è sempre obbligato all'esercizio dell'azione penale bensì l'ordinamento ne circoscrive l'esercizio doveroso ai soli casi in cui la notizia di reato non sia infondata o non sussista uno dei casi di archiviazione in diritto. Il procedimento di archiviazione implica che della richiesta sia investito il gip, quale organo «garante»³²³ del rispetto dell'art. 112 Cost. nonché dei diritti dell'offeso e dell'indagato. Orbene, si pone come questione alquanto spinosa la possibilità per il p.m. di poter esercitare una sorta di potere di archiviazione diretta, alla stregua del sistema previsto nel c.p.p. 1930, cestinando la notizia di reato. Il fulcro del problema risiede proprio nell'esigenza di sottoporre ad un controllo giurisdizionale la valutazione compiuta dal p.m. ed in particolare per le c.d. pseudo notizie di reato.

L'art 109 disp. att. prevede che la segreteria della procura della Repubblica sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica gli atti che "possono" contenere notizie di reato per "l'eventuale" iscrizione nel registro delle notizie di reato. Dalla norma si evince che l'iscrizione nel registro è solo un atto eventuale poiché si esclude che l'iscrizione sia un mero atto automatico³²⁴ di qualsivoglia notizia e la si circoscrive solo a quei fatti che siano ascrivibili all'interno del concetto di notizia di reato. Del resto, la norma attribuisce al p.m. la funzione di applicare un filtro necessario affinché al gip non vengano sottoposte tutte le notizie che quotidianamente pervengono all'ufficio di procura³²⁵, diversamente regolando la materia si genererebbe un inaccettabile ingolfamento del sistema. L'art. 109 disp. att. va letto contestualmente al

³²³ M. FERRAIOLI *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2014.

³²⁴ C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen, op. cit.*, pag. 758.

³²⁵ S. RAMAJOLI *chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Padova, 1997, pag.13.

d.m. 30-9-1989, n. 334, istitutivo dei registri in materia penale, e con la circolare ministeriale del 18-10-1989, n. 533 attuativa del decreto stesso. Sono stati così istituiti quattro registri: il mod. 21 (registro delle notizie di reato); il mod. 44 (registro delle notizie di reato contro ignoti); il mod. 45 (registro degli atti non costituenti notizia di reato); il mod. 46 (registro delle denunce e degli altri documenti anonimi). Solo l'iscrizione a modello 21 o 44 obbliga il p.m. a richiedere l'archiviazione. Infatti, esclusivamente di fronte a fatti sussumibili in via ipotetica all'interno di una norma incriminatrice <<sorgono i doveri che incombono sul p.m. e sulla polizia giudiziaria>>³²⁶. La nozione di notizia di reato è peraltro ricavabile dalle norme codicistiche negli artt. 330-335 c.p.p. in cui se ne individuano precisamente i caratteri formali e sostanziali e gli effetti che da essa si producono³²⁷, tra cui in *primis* l'immediata iscrizione da parte del p.m. nel registro, come sancisce l'art. 335 c.p.p..

Il potere di destinazione della *notitia criminis* può essere esercitato in tre ipotesi: notizia di reato proveniente da fonti anonime; notizia di reato pervenuta al p.m. attraverso fonti informali e comunque non controllabili (media, voce pubblica, lettere aperte e simili); e infine le c.d. pseudonotizie di reato nella cui nozione rientrano sia i fatti assurdi o metafisici sia i fatti che, pur sussistenti nella realtà materiale non sono inquadrabili in una fattispecie penalmente rilevante³²⁸. La *ratio* di un potere di tal guisa potrebbe essere rinvenibile sul piano delle fonti costituzionali giacché è innegabile che, di fronte ad un fatto palesemente non ascrivibile all'interno di un illecito penalistico, l'istaurazione del processo contrasterebbe con l'efficienza della stessa macchina

³²⁶ S. SAU *Fatti non previsti dalla legge come reato ed archiviazione*, in *Riv. Ita. dir. pen. e proc.*, 1992, pagg. 1168-1174, pag. 1169.

³²⁷ S. SAU *Fatti non previsti dalla legge come reato ed archiviazione op. cit.*, pag. 1169.

³²⁸ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 393-394.

giudiziaria (art. 97 Cost.)³²⁹ nonché con la ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.). Non si deve dimenticare che sotto altro profilo si prefigurano rischi alquanto consistenti in ordine a possibili abusi di un simile potere. L'offeso avrà particolare interesse a verificare che l'informativa sia formalmente iscritta nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.³³⁰. Il comma terzo di quest'ultima norma e il nuovo art. 90 *bis* lett. b), così come modificato dalla riforma Orlando, prevedono che la persona offesa possa ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato. La cestinazione vanificherebbe la tutela dell'offeso così come tracciata dall'attuazione delle fonti comunitarie. In secondo luogo, è possibile che, nella prassi, il p.m. iscriva la notizia di reato a mod. 45, svolgendo comunque indagini, e che la trasferisca in un momento successivo nel mod. 21 aggirando i termini per le indagini preliminari e soprattutto la sanzione dell'inutilizzabilità di cui all'art. 407.3 c.p.p.³³¹. Il punto è maggiormente critico se si considerano le varie modifiche apportate dalla riforma Orlando alla disciplina dei termini, in un'ottica acceleratoria, agli artt. da 407-409 c.p.p.; l'aggiramento dei termini vanificherebbe l'intento riformista.

La notizia di reato anonima è una denuncia, presentata da un soggetto che non vuole rilevare la propria identità, e che, in quanto priva di un requisito soggettivo, è priva di qualsiasi funzione processuale così come stabilito dall'art. 333.3 c.p.p.. Il rinvio all'art. 240 c.p.p.³³², in via di eccezione, non deve suscitare confusione dal momento che bisogna tener conto dei diversi concetti di inutilizzabilità a livello probatorio e uso processuale. L'inutilizzabilità implica l'impossibilità per il giudice di servirsi di

³²⁹ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, op. cit., pag. 49.

³³⁰ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione*, op. cit., pag. 50 e nota n. 95.

³³¹ Per questi rilievi critici C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen*, op. cit., pag. 761; si noti che non è invece possibile il trasferimento dal mod. 21 al mod. 45.

³³² Si deve ricordare che l'art. 240 c.p.p. consente l'utilizzo degli scritti e documenti anonimi in alcune ipotesi particolari quale l'essere lo stesso corpo del reato o comunque proveniente dall'imputato.

quell'atto a sostegno argomentativo nella motivazione della sua decisione essendo violato un divieto probatorio esplicitamente previsto dalla legge (art. 191 c.p.p.) o implicito³³³. Il riferimento al non uso processuale della denuncia anonima attiene pertanto al solo uso che ne è possibile fare ossia l'iscrizione nel registro delle notizie di reato a mod. 21. Pertanto, la mancanza di un requisito essenziale della notizia di reato anonima ne fa una "non notizia di reato" e se ne deduce che allorquando manchi uno dei requisiti desumibili dal complesso normativo non si possa essere di fronte ad una vera e propria *notitia criminis*³³⁴. Tuttavia, le notizie di reato in questione sono potenzialmente idonee all'instaurazione di un procedimento penale³³⁵, essendo in ipotesi ascrivibili all'interno di una fattispecie tipica, sebbene non siano soggettivamente attribuibili ad un denunciante. La Cassazione ha inoltre precisato che la denuncia anonima non può costituire il fondamento di qualsiasi atto di ricerca della prova, tuttavia deve essere utilizzata dagli inquirenti come spunto investigativo, nel rispetto dell'art. 112 Cost.³³⁶.

Nella nozione di notizie di reato informali o "non qualificate" vi rientrano, come visto, le notizie di reato la cui conoscenza è acquisita autonomamente dal p.m.. Si deve tenere in considerazione che l'art. 330 c.p.p. attribuisce al p.m., oltre che alla p.g., il compito «di prendere notizia dei reati di propria iniziativa»³³⁷ sicché sarebbe possibile

³³³ Per un approfondimento dei profili attinenti all'inutilizzabilità si veda P. TONINI, C. CONTI *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014.

³³⁴ Per questa ricostruzione della denuncia anonima A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, *op. cit.*, pagg. 28-31.

³³⁵ L. PADULA *L'archiviazione*, *op. cit.* pag. 55.

³³⁶ Cass. Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 4329 nel cui caso di specie si occupava di una denuncia anonima integrante gli estremi del reato di calunnia.

³³⁷ È appena il caso di notare che in merito all'art. 70.5 ord. giudiz. sorse un contrasto interpretativo giacché «il magistrato che, fuori dall'esercizio delle sue funzioni, viene comunque a conoscenza di fatti che possono determinare l'inizio dell'azione penale o di indagini preliminari, può segnalarli per iscritto al titolare dell'ufficio». Dal verbo modale può alcuni deducevano la sussistenza di una discrezionalità in capo al p.m. altri invece non escludevano un dovere di iscrizione nel registro delle notizie di reato autonomamente recepite.

un'iscrizione al registro mod. 21³³⁸ con conseguente esercizio dell'azione penale o viceversa richiesta di archiviazione. Tuttavia, è indiscusso che non sia in alcun modo possibile verificare la correttezza delle operazioni mentali compiute dal p.m. nel qualificare la notizia di reato informale come fatto penalmente rilevante³³⁹. Pertanto, non sarebbe censurabile una cestinazione di fatto di una potenziale *notitia criminis*.

La nozione di pseudonotizia di reato non è definita in modo inequivoco dall'unica fonte che sembra alludervi, ossia la circolare ministeriale del 18-10-1989, n. 533, la quale, disciplinando il registro degli atti non costituenti notizia di reato (mod. 45), fa riferimento a: «esposti o ricorsi in materia civile o amministrativa; esposti privi di senso, ovvero di contenuto abnorme o assurdo; atti riguardanti eventi accidentali ecc.». Il punto è che all'interno di questo elenco esemplificativo si può ricomprendere anche l'archiviazione *ex art. 411 c.p.p.* perché il fatto non è previsto dalla legge come reato. Da qui i contrasti giurisprudenziali e dottrinali volti ad individuare la nozione più corretta alla luce delle problematiche connesse all'istituto dell'archiviazione ed al principio di obbligatorietà dell'azione penale. In un primo momento la Cassazione³⁴⁰ ricondusse sostanzialmente le pseudonotizie di reato nell'alveo applicativo dell'art. 411 c.p.p. ritenendo che «la procedura dell'archiviazione deve applicarsi anche quando risulta che il fatto non è previsto dalla legge come reato» in quanto la disposizione «si riferisce a fatti che, avvenuti o non avvenuti, non corrispondono ad alcuna ipotesi di reato e la cui notizia sia stata comunque acquisita»³⁴¹. Pertanto, anche la pseudonotizia imponeva l'obbligo di richiedere l'archiviazione. Tuttavia, non si può disconoscere che

³³⁸ A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione, op. cit.*, pag. 36.

³³⁹ Così F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 394.

³⁴⁰ Cass. Sez. VI. 11 febbraio 1991, Loffredo e Cass. Sez. III, 5 dicembre 1990, Micheletti in *Cass. Pen.*, 1991, II, pagg. 574 e 575.

³⁴¹ Cass. Sez. III, 5 dicembre 1990, Micheletti in *Cass. Pen.*, 1991, II, pagg. 574 e 575.

l'irrilevanza penale sia graduabile all'interno di un'irrilevanza manifesta, individuabile *ictu oculi*, e quindi legittimante il potere di cestinazione, e un'irrilevanza soltanto apparente necessitante ulteriori approfondimenti investigativi³⁴². Infine le Sezioni Unite³⁴³ hanno fissato i seguenti principi: qualora la notizia di reato sia iscritta a mod. 21 o 44 l'unico sbocco procedimentale possibile è costituito dall'ordinario procedimento di archiviazione anche qualora si tratti di pseudonotizie di reato, non potendo il p.m. arbitrariamente archiviare di propria iniziativa; anche se l'iscrizione venga effettuata a mod. 45, una volta svolte indagini, si impone come necessaria soluzione la richiesta di archiviazione, dal momento che il compimento di atti investigativi presuppone l'individuazione di una notizia di reato³⁴⁴; stesso principio si ha nel caso in cui sopravvenga una notizia di reato, pertanto il p.m. dovrà richiedere l'archiviazione senza procedere ad iscrizione *sub* modello 21. Quest'ultima soluzione rimane criticabile alla luce delle considerazioni già espresse in merito al diritto di accesso al registro e al possibile aggiramento della disciplina dei termini³⁴⁵. Due i rimedi possibili per evitare un abuso del potere di cestinazione, il quale risponde essenzialmente alle esigenze di economia processuale ed esclusivamente in tal senso dovrebbe operare. Secondo autorevole dottrina³⁴⁶ il p.m. di fronte a tutti i casi dubbi di rilevanza penale del fatto dovrebbe iscrivere la notizia di reato nel registro *ex art.* 335 c.p.p., si parla in tal senso di *in dubio pro actione*. In secondo luogo, le Sezioni Unite³⁴⁷,

³⁴² G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 32; Cass. Sez. V, 25 gennaio 1991, Boschetti, in *Cass. Pen.* 1991, II, pag. 577.

³⁴³ Cass. Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 34.

³⁴⁴ Come ritiene anche la dottrina, in assenza di iscrizione o di iscrizione a mod. 45 possono essere compiuti solo accertamenti di tipo amministrativo, o esclusivamente *in iure*, esterni alle indagini preliminari e volti a meglio definire i caratteri della notizia di reato. Così L. PADULA *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 49.

³⁴⁵ Vd. *supra* pag. 87.

³⁴⁶ F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 402; G. GIOSTRA, *L'archiviazione, op.cit.*, pag. 44.

³⁴⁷ Cass. Sez. Un., 11 luglio 2001, n. 34536, la quale ha peraltro affermato che la scelta di iscrivere in uno anziché in un altro registro rimane prerogativa insindacabile del p.m. e non è atto giurisdizionale.

rioccupandosi della problematica, hanno individuato in capo al Procuratore generale il dovere di esercitare avocazione facoltativa delle indagini *ex art. 412 c.p.p.*, tutt'al più su sollecitazione della stessa persona offesa.

5.: L'archiviazione per essere ignoto l'autore del reato.

Rimane da trattare un ulteriore caso di archiviazione che si distingue nettamente dagli altri già esaminati perché presenta delle caratteristiche esclusive³⁴⁸: l'archiviazione per essere ignoto l'autore del reato (art. 415 c.p.p.). Le peculiarità discendono dal non essere legata né al requisito dell'idoneità a sostenere l'accusa in giudizio di cui all'art. 125 disp. att.³⁴⁹, né alla fondatezza della notizia di reato (art. 408 c.p.p.), né alla sussistenza di un caso di archiviazione in diritto (art. 411 c.p.p.). Pertanto, l'archiviazione *de quo* prescinde dal valore probatorio degli elementi raccolti in giudizio e si fonda esclusivamente sulla non riuscita identificazione dell'autore del reato³⁵⁰. L'autonomia³⁵¹ della disciplina normativa, in una norma che sembra essere quasi di chiusura al sistema archiviativo, è giustificata proprio dall'impossibilità logica e giuridica di poter formulare un'imputazione, e quindi instaurare un processo in un sistema processuale di tipo accusatorio³⁵². Il presupposto della richiesta di archiviazione del p.m. in questo caso è la non riuscita identificazione o l'impossibile identificabilità, nonostante vi sia stato il compimento di indagini suscettibili di dare una completa

³⁴⁸ C. CONTI *l'archiviazione, in Trattato di proc. Pen, op. cit., pag. 814.*

³⁴⁹ Alcuni autori ritengono che in ogni caso l'insostenibilità dell'accusa si manifesta nell'impossibilità di formulare un'imputazione e quindi esercitare l'azione penale, così F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato, op. cit., pag. 93-94*; tuttavia l'art. 125 disp. att. precisa: "in giudizio".

³⁵⁰ C. Così CONTI *l'archiviazione, in Trattato di proc. Pen., op. cit., pag. 814.*

³⁵¹ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit., pag. 44.*

³⁵² C. TAORMINA, *diritto processuale penale, op. cit., pag. 591.*

connotazione oggettiva alla *notitia criminis*³⁵³. In tali casi ogni eventuale ed ulteriore atto di indagine sarebbe inutile e antieconomico³⁵⁴. Sul punto bisogna distinguere il caso della non identificazione fisica dell'indagato dalla non individuazione delle sole generalità. Nel primo caso, come precisato dalla giurisprudenza³⁵⁵, non vi è dubbio che possa trovare applicazione l'art. 415 c.p.p., anche in caso di errore o dubbio, essendo, la norma, ideata proprio per il caso di specie. Nel secondo caso invece si tratta semplicemente di un difetto formale suscettibile di rettifica *ex art.* 130 c.p.p. ed a cui l'art. 66 c.p.p. non attribuisce effetto preclusivo verso nessun atto, compreso il rinvio a giudizio³⁵⁶.

L'art. 415 c.p.p. prevede che «quando è ignoto l'autore del reato il pubblico ministero, entro sei mesi dalla data della registrazione della notizia di reato, presenta al giudice richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini». Come si vede la norma individua anche per le indagini contro ignoti l'ordinario termine di sei mesi previsto in via generale nelle indagini compiute verso soggetti noti, completando il quadro della disciplina dei termini di svolgimento delle indagini preliminari³⁵⁷. Come già visto nel paragrafo precedente, la circolare ministeriale del 18 ottobre 1989 ha definito il ruolo del mod. 44, distinto dal mod. 21 proprio perché

³⁵³ N. CARULLI *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Napoli, 1989, pag. 54.

³⁵⁴ L. PADULA *L'archiviazione*, *op. cit.*, pag. 205.

³⁵⁵ Cass. Sez. II., 6 novembre 1998, n. 2700, Kamara: «L'incertezza o l'erronea identificazione della persona autrice del reato non vanno confuse con l'incertezza o la falsità delle generalità che la contraddistinguono. Ne consegue che, nella prima ipotesi, in cui la persona chiamata a rispondere penalmente non corrisponda, certamente o probabilmente, alla persona dell'autore del reato, quali che siano le generalità con cui essa è indicata agli atti del processo, va adottata la formula assolutoria "per non aver commesso il fatto", mentre nella seconda ipotesi, in cui la persona fisica chiamata a rispondere del fatto sia stata identificata con certezza, pur rimanendone incerte le generalità, deve adottarsi la formula di improcedibilità per essere ignoto l'autore del reato, che non pregiudica ulteriori indagini del pubblico ministero e l'eventuale inizio dell'azione penale contro l'autore del fatto, una volta compiutamente generalizzato».

³⁵⁶ In tal senso Cass. Sez. I, 18 novembre 1994, n.5529, Marku; Cass. Sez. I, 21 aprile 1995, nn. 5218 e 5472; *contra* Cass. Sez. II., 6 novembre 1998, n. 2700, Kamara.

³⁵⁷ Così C. TAORMINA *diritto processuale penale*, *op. cit.*, pag. 591.

assume una funzione esclusivamente nelle indagini nei confronti di ignoti. Nell'atto ministeriale si precisa che qualora sia ignoto l'autore del reato verranno indicate le generalità della persona offesa, del denunciante e del querelante nonché il titolo del reato, la data e il luogo del fatto; qualora, a seguito delle indagini compiute, si individui l'indagato, prima dello scadere del termine di 6 mesi, si procederà a nuova iscrizione nel registro degli indagati noti, con indicazione del registro di provenienza. Secondo parte della dottrina decorre in tal caso un nuovo termine di durata delle indagini, autonomo e reintegrante il p.m. delle piene facoltà³⁵⁸. In breve, decorre il termine ordinario di svolgimento delle indagini *ad personam* di cui all'art. 405 c.p.p.³⁵⁹. L'applicazione della disciplina dei termini del procedimento ordinario ha invero costituito oggetto di dibattito anche dopo l'introduzione del comma 3 all'art. 415 c.p.p. con legge 16 dicembre 1999, n. 479. In virtù di suddetto comma sarebbero applicabili al procedimento contro ignoti, se compatibili, tutte le disposizioni del procedimento ordinario di archiviazione³⁶⁰. Oggi la dottrina³⁶¹ ritiene, proprio in virtù di questa norma, applicabile l'intera disciplina sui termini delle indagini preliminari, con la conseguenza che eventuali atti di indagine compiuti fuori termine sono affetti dalla sanzione dell'inutilizzabilità. La giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁶² e le Sezioni Unite³⁶³ si sono pronunciate in favore della medesima soluzione, sia perché

³⁵⁸ L. PADULA *L'archiviazione*, *op. cit.*, pag. 197;

³⁵⁹ C. VALENTINI REUTER *Limiti cronologici del procedimento contro ignoti*, in *Giur. It.*, 1994, II, pag. 511 e ss.; G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione*, *op. cit.*, pag. 52, il quale precisa esplicitamente che i termini si sommano in base al tempo trascorso ai fini del calcolo della durata massima delle indagini. L'operatività della sanzione dell'inutilizzabilità è infatti imprescindibile garanzia per l'indagato.

³⁶⁰ Gli aspetti prettamente procedurali inerenti l'applicazione degli artt. 408 c.p.p. e ss. saranno trattati *infra cap.* Il par. 4.

³⁶¹ Tra i tanti E. APRILE P. SILVESTRI *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, seconda edizione, *op. cit.*, pag. 729-730.

³⁶² C. cost., 31 luglio 1990, n. 409.

³⁶³ Cass. Sez. Un., 28 Marzo 2006, n. 13040 secondo cui le modifiche apportate all'art. 415 c.p.p., in conformità ai principi enunciati nella citata sentenza della Corte costituzionale, rendono palese la volontà legislativa di «assimilare, fino al limite della compatibilità, la disciplina (della chiusura) delle indagini contro ignoti a quella prevista per le indagini contro noti», nella prospettiva di un ampliamento dei poteri

l'intento del legislatore riformista era proprio quello di estendere l'applicabilità di quelle norme alla procedura contro ignoti, sia perché dal dettato normativo non è in ogni caso desumibile alcuna incompatibilità ontologica. Conclusioni che realizzano un duplice interesse: da un lato consentono di contenere la durata complessiva delle indagini evitandone una protrazione *sine die* verso un successivo individuato "ignoto"; da altro lato si possono così prevenire prassi distorte dei magistrati inquirenti volte a iscrivere a modello 44 la notizia di reato e compiendo indagini verso presunti indagati ignoti, per poi "trasmigrare" l'iscrizione nel mod. 21, usufruendo della decorrenza dell'autonomo termine³⁶⁴. Altra giurisprudenza³⁶⁵ ha tuttavia concluso per la non applicazione dell'art. 407.3 c.p.p. partendo dal presupposto che, essendo non presente un indagato, non vi è soggetto interessato alla sollecita definizione della fase investigativa. Tuttavia, l'inutilizzabilità non ha solo uno scopo di tutela diretta dell'indagato sotto il profilo della durata delle indagini bensì assume anche la precisa funzione di garantire la genuinità degli elementi di prova acquisiti, i quali potrebbero subire delle modifiche o dei deterioramenti in grado di alterare il contenuto informativo in esso presente³⁶⁶. Pertanto, si dovrebbe concludere per l'applicabilità della disciplina dei termini anche nei procedimenti a carico di ignoti³⁶⁷. Si deve inoltre tenere presente che la riforma Orlando si è espressa nel medesimo senso. Introducendo il nuovo comma 2 *bis* e individuando la decorrenza del *dies a quo* dal provvedimento di iscrizione coatta

di controllo e intervento del giudice per le indagini preliminari. E ciò, perché il contenimento delle indagini preliminari entro rigorosi limiti temporali risulta finalizzato non solo a tutelare chi a tali indagini è sottoposto (impedendo il perdurare indefinito di tale condizione), ma anche a contrastare «un'eventuale inerzia del p.m., al fine di garantire l'effettivo rispetto del canone di obbligatorietà dell'azione penale».

³⁶⁴ Queste conclusioni in T. CAVALLARO *Termini di durata e riapertura delle indagini nei procedimenti contro ignoti*, in *Cass. Pen.*, 2006, pag. 2359.

³⁶⁵ Cass. Sez. II, 13 novembre 2008, n. 48104.

³⁶⁶ P. TONINI C. CONTI *Il diritto delle prove penali*, *op. cit.*, pag. 95 e ss.; il caso di specie rientrerebbe pertanto proprio in uno dei casi di inutilizzabilità patologica accuratamente illustrati dagli autori. Problemi ancora più delicati si presentano se la prova è di alcune particolari tipologie come la prova scientifica (DNA) o informatica. V.d. *amplius ibidem*.

³⁶⁷ F. VARONE *L'archiviazione della notizia di reato*, *op. cit.*, pag. 57.

emesso dal giudice³⁶⁸ e non dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato. Con questa disposizione risulta evidente che il legislatore si è orientato verso l'applicabilità della disciplina dei termini di cui all'art. 405 c.p.p. ma con una soluzione che lascia insoddisfatta la dottrina più attenta³⁶⁹ giacché sembra che il termine venga postdatato con la conseguente possibilità per il p.m. di beneficiare di tempi maggiori sol perché abbia iscritto il reato al mod. 44.

Riguardo la natura del procedimento contro ignoti, è stato osservato³⁷⁰ che l'obiettivo e le caratteristiche formali rimangono identiche ad un ordinario procedimento contro noti. Tuttavia si verifica l'eventualità che la scelta fra azione e archiviazione può essere ulteriormente posticipata attraverso la richiesta di prosecuzione delle indagini che di fatto è omologabile a una sorta di proroga a norma dell'art. 406 c.p.p.. L'esercizio dell'azione penale rimane subordinata all'avvenuta connotazione soggettiva della notizia di reato ma in ogni caso si sta parlando pur sempre di indagini preliminari finalizzate ad individuare gli elementi corroboranti la fondatezza della *notitia criminis*, al fine di consentire al p.m. le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale³⁷¹. Il legislatore, conscio dell'identità di funzione attribuita alle indagini preliminari, ha così predisposto lo strumento della richiesta alla prosecuzione delle indagini, ben potendo il p.m. essere convinto della possibilità di individuare l'autore del reato. In questo contesto il gip esercita un duplice controllo: da un lato di garanzia sul rispetto dell'art. 112 Cost verificando la corretta iscrizione al mod. 44 e l'opportunità della prosecuzione dell'attività investigativa³⁷²; sotto altro profilo è l'unica

³⁶⁸ Questo aspetto sarà trattato più nello specifico *infra* cap. II, par. 4.

³⁶⁹ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato, op. cit.*, appendice sulla riforma Orlando, pag. 3492-3493.

³⁷⁰ C. VALENTINI REUTER *Limiti cronologici del procedimento contro ignoti, op. cit.*, pag. 511.

³⁷¹ L. PADULA *L'archiviazione., op. cit.*, pag. 201.

³⁷² F. CAPRIOLI in *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 561-562.

via che legittima lo svolgimento di ulteriori indagini una volta scaduto il termine di 6 mesi³⁷³. Parte della giurisprudenza³⁷⁴ riteneva che una volta ricevuta suddetta richiesta il gip fosse obbligato a disporre l'autorizzazione alla prosecuzione alla stregua di un atto dovuto, in quanto atto a discrezionalità vincolata e finalizzato a garantire "l'inderogabile" principio di obbligatorietà dell'azione penale³⁷⁵. Non si riteneva possibile in ogni caso la fissazione di un termine una volta autorizzate le indagini ritenendo abnorme un provvedimento di tal tipo, la giurisprudenza di Cassazione riteneva che le indagini in procedimenti contro ignoti «non potessero essere sottoposte ad alcun termine finale»³⁷⁶. Come visto il quadro era destinato a cambiare con l'intervento del legislatore e l'introduzione del comma 3 all'art. 415 c.p.p. che ha risolto, a detta di alcuni, il problema dell'applicabilità della disciplina dei termini. Oggi si ritiene³⁷⁷ che di fronte a tale richiesta il Gip sia libero di concedere o negare l'autorizzazione. Alcuni³⁷⁸ sostengono che tuttavia non sia possibile un diniego contestuale ad una pronuncia di archiviazione giacché ciò si tradurrebbe in un'ingiustificata elusione del procedimento di archiviazione, oltre che in una pronuncia *extra petita*, con conseguente esclusione dalla persona offesa che vedrebbe precluso il suo diritto di opposizione. Come si vedrà³⁷⁹, sebbene qui si tratti di ignoti, non c'è dubbio che la vittima del reato abbia un interesse alla prosecuzione delle indagini pertanto si può ritenere che la disciplina degli artt. 409-410 c.p.p. deve trovare applicazione. Questa soluzione si impone anche come conseguenza logica dell'avvenuta

³⁷³ F. RIGO *Questioni in tema di mancata autorizzazione alla prosecuzione delle indagini nel procedimento contro ignoti*, in *Cass. Pen.*, 1996, pag. 533.

³⁷⁴ Cass. Sez. VI, 12-7-1994, n. 3351, la quale dichiara abnorme il provvedimento del gip di mancata concessione dell'autorizzazione fuorché del caso in cui sia stata individuato l'autore del reato.

³⁷⁵ Cass. Sez. VI, 28-9-1995, n. 3374.

³⁷⁶ Cass. Sez. IV, 18-12-1992, n. 1576.

³⁷⁷ Così C. CONTI *l'archiviazione*, in *Trattato di proc. Pen, op. cit.*, pag. 814.

³⁷⁸ G. DEAN R. FONTI *Voce archiviazione, op. cit.*, pag. 53.

³⁷⁹ V.d. *infra* cap. II, par. 4.

attuazione della normativa comunitaria che punta ad assicurare in ogni caso la partecipazione della persona offesa dal reato. Ad ogni modo né il diniego di autorizzazione né la concessione sembrano suscettibili di esser soggetti ad impugnazione sia perché manca un interesse di un soggetto determinato, nel primo caso, sia perché il principio di tassatività delle impugnazioni impone questa conclusione, nel secondo caso³⁸⁰.

Infine, è da segnalare un'ulteriore modifica del testo originario del codice introdotta con la legge n. 479/1999, si tratta della c.d. "archiviazione cumulativa". L'art 107 *bis* disp. att. prevede che «le denunce a carico di ignoti sono trasmesse all'ufficio di procura competente da parte degli organi di polizia, unitamente agli eventuali atti di indagine svolti per la identificazione degli autori del reato, con elenchi mensili» e contestualmente il comma 4 dell'art. 415 c.p.p. dispone che «nell'ipotesi di cui all'articolo 107-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, la richiesta di archiviazione ed il decreto del giudice che accoglie la richiesta sono pronunciati cumulativamente con riferimento agli elenchi trasmessi dagli organi di polizia con l'eventuale indicazione delle denunce che il pubblico ministero o il giudice intendono escludere, rispettivamente, dalla richiesta o dal decreto». In relazione alle suddette notizie di reato il p.m. ed il giudice possono quindi provvedere in via cumulativa, indicando nello specifico le denunce che si intendono escludere dall'archiviazione. È indubbio che la scelta legislativa sia radicata in esigenze di snellezza del procedimento contro ignoti tuttavia si profilano incertezze di coordinamento pratico con la disposizione di cui all'art. 347 c.p.p., la quale impone agli agenti ed ufficiali di polizia

³⁸⁰ L. PADULA *L'archiviazione.*, *op. cit.*, pag. 230.

giudiziaria di informare senza ritardo il p.m., e che rimane comunque in vigore³⁸¹. Non è tutto. Le disposizioni in questione pongono anche interrogativi piuttosto rilevanti in riferimento a tutte le considerazioni già espresse, non si può negare infatti che in questo modo si vanificano tanto le esigenze di controllo sul rispetto dei termini delle indagini preliminari quanto il diritto di opposizione della persona offesa³⁸². Verrebbero inoltre scavalcate le aspettative generalpreventive nei reati di microcriminalità con una possibile lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)³⁸³. Tra l'altro si attribuisce in questo modo un potere di primo discernimento, tra notizia di reato soggettivamente qualificata e non, alla polizia giudiziaria con possibili rischi di errori nella valutazione dei presupposti³⁸⁴ e una conseguente marginalizzazione del ruolo del p.m. al punto che qualcuno ha parlato di un suo «dimezzamento»³⁸⁵. Per queste ragioni il testo delle norme va interpretato in modo da consentirne in un'applicazione quanto più possibile circoscritta. In primis si può desumere che il riferimento sia circoscritto alle sole denunce, pertanto ne resta esclusa la querela³⁸⁶ che in sé esprime l'interesse della persona offesa all'instaurazione del procedimento penale. Rimane possibile poi che possano essere compiuti gli atti di indagine di cui agli artt. 353 e 354 c.p.p. anche verso gli ignoti, sebbene senza la presenza del difensore a norma dell'art. 356 c.p.p.. Ebbene questa tipologia di atti può essere proprio finalizzata ad accertare le connotazioni soggettive della notizia di reato sicché la dottrina ha ipotizzato una possibile applicazione dell'art. 347.2 *bis* il quale impone la trasmissione entro 48 ore, e quindi non a seguito del trascorrere di un mese, una volta formatosi l'elenco mensile come

³⁸¹ In tal senso E. APRILE P. SILVESTRI *Le indagini preliminari e l'archiviazione, seconda edizione, op. cit.*, pag.732.

³⁸² In questi termini L. PADULA *L'archiviazione, op. cit.*, pag. 235.

³⁸³ C. VALENTINI REUTER, *sub art. 107 bis disp. att. al c.p.p.*, in *codice di procedura penale commentato*, G. SPANGHER A. GIARDA (a cura di), seconda edizione.

³⁸⁴ A. A. MARANDOLA *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen e processo*, 2001, pag. 184.

³⁸⁵ P. GIORDANO *Indagini: dimezzato il pubblico ministero*, in *Guid. Dir.*, n. 1/2000, pag. XXVIII.

³⁸⁶ K. LA REGINA *Il procedimento a carico di ignoti*, Padova, 2012, pag. 26.

prevede l'art. 107 *bis* disp. att.³⁸⁷. Del resto, il rapporto con l'art. 347 c.p.p. non risulta essere problematico da questo punto di vista poiché non si fa altro che definire il concetto dell'avverbio "immediatamente" all'interno del termine "mensile"³⁸⁸. Inoltre, non viene meno l'assunto, enunciato da autorevole dottrina, per cui il p.m. rimane *dominus* delle indagini preliminari, di conseguenza la scelta ultima della iscrizione al registro più opportuno spetta allo stesso³⁸⁹. Alcuni hanno anche ipotizzato che qualora per una singola notizia di reato a carico di ignoti si profilino necessari accertamenti, volti ad individuare l'autore del reato o elementi di fondatezza della stessa, il magistrato inquirente resta libero di espungerla dall'elenco e iscrivere la singolarmente a mod. 44³⁹⁰.

³⁸⁷ K. LA REGINA *Il procedimento a carico di ignoti*, op. cit., pag. 28.

³⁸⁸ G. SPANGHER A. GIARDA *codice di procedura penale commentato*, op. cit., commento art. 415 c.p.p., pag. 1310.

³⁸⁹ P. TONINI *Manuale di procedura penale*, op. cit., pag. 416.

³⁹⁰ A. A. MARANDOLA, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, op. cit., pag. 251.