

L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza.

1. Alcune provocazioni. 2. L'esegesi del principio ad opera della Corte costituzionale. 3. Schizzo dei doveri del pubblico ministero, ovvero: il concetto di azione penale. 4. Obbligatorietà, discrezionalità, opportunità. 5. Dati statistici. 6. Rimedi.

1. Alcune provocazioni.

Citando dati estratti dall'autorevole rapporto *Doing Business* che la Banca Mondiale redige per fornire indicazioni alle imprese sui Paesi in cui è più vantaggioso investire, in considerazione dello stretto rapporto tra economia e strutture processuali locali, si scrive nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008: <<nell'ultimo rapporto Doing Business 2009, in tema di processo civile, i Paesi europei sono tra i primi 50... L'Italia è la 156^a su 181, dopo Angola, Gabon, Guinea, São Tome e prima di Gibuti, Liberia, Sri Lanka, Trinidad>>¹.

I dati statistici appena indicati riguardano il processo civile e sono stati inseriti in questa sede perché la loro natura realmente *catastrofica* è tale da indurre a qualcosa di più di una riflessione; l'indisponibilità di analogo classifica nel processo penale non implica, peraltro, che si possa ritenere che le cose vadano meglio in quel settore: se non bastasse il puro e semplice frutto dell'empiria a forzare analoghe meditazioni, esistono statistiche offerte dal Ministero della Giustizia ad indurre allo sgomento.

Mentre appare doveroso rimarcare l'inesistenza di elaborazioni ministeriali dedicate alla durata dei procedimenti penali, verranno a tempo debito illustrati i dati statistici rilevati con riferimento al numero di prescrizioni del reato verificatesi in corso di procedimento.

Rinviando, dunque, per il momento l'esame dei "nudi fatti", sembra il caso di dedicare l'*incipit* del presente lavoro ancora una volta ad alcune considerazioni estratte dalla Relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2008: <<É un rilievo ricorrente e generalmente condiviso quello che c'è un notevole sfasamento tra il numero dei reati e dei relativi processi e la capacità di definizione degli stessi da parte dell'amministrazione giudiziaria. Questa non riesce a trattare tutti i processi e quindi una parte delle azioni penali è destinata alla chiusura od è gestita, secondo criteri casuali o peggio secondo scelte insondabili del pubblico Ministero o anche del

¹ La Relazione è reperibile sul sito www.cortedicassazione.it. Per approfondimenti sulle fonti dei dati citati si veda www.doingbusiness.org.

Giudice, che nella scelta dei processi da definire ne privilegiano alcuni condannando gli altri alla prescrizione. Di qui la proposta di sostituire il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale con quello della discrezionalità, presente negli ordinamenti di molti altri Paesi occidentali. Un rimedio possibile è quello basato sulle c.d. priorità: si dovrebbero individuare in modo chiaro e formale, eventualmente sulla base di criteri indicati dal legislatore, i processi che devono avere la precedenza rispetto ad altri meno urgenti. L'idea merita attenzione, anche se occorre agire con prudenza. Sarebbe un criterio del tutto ragionevole se avesse la sola funzione di stabilire una graduatoria temporale, ma si risolverebbe in una subdola forma di discrezionalità se in realtà dovesse avere il significato di condannare i processi non "prioritari" alla prescrizione. Sotto questo aspetto la sua adozione potrebbe giustificarsi se il criterio venisse utilizzato, come finora è stato fatto, in presenza di situazioni particolari o di emergenze, ma si risolverebbe in una ipocrisia dannosa se dovesse diventare sistematico perché sarebbe fonte di disparità di trattamento e disfunzionale. Infatti, a seconda dei carichi di lavoro, può accadere che di fatto processi per lo stesso reato in un ufficio giudiziario siano destinati alla trattazione e in altri siano destinati a concludersi con la prescrizione, come può accadere che per il carico della Corte di appello si concludano con la prescrizione processi regolarmente trattati in primo grado, con un inutile dispendio di energie. Meglio, sarebbe, allora fare una chiara scelta per la discrezionalità dell'azione penale, ma questa non può non costituire l' "ultima spiaggia", sia perché richiede una modificazione della Carta costituzionale, sia perché attribuirebbe al pubblico ministero poteri difficilmente conciliabili con la sua posizione di indipendenza, che non può venire meno perché costituisce un valore irrinunciabile².

Le parole della Relazione richiedono approfondimento, perché centrano la ricorrente *querelle* della faticosa gestione della domanda di giustizia penale su di un duplice aspetto.

Anzitutto è evidente come si debba ritenere ormai acclarato che l'amministrazione giudiziaria <<non riesce a trattare tutti i processi>>, con conseguenze comprovate e inesorabili: <<una parte delle azioni penali è destinata alla chiusura od è gestita, secondo criteri casuali o peggio secondo scelte insondabili del pubblico Ministero o anche del Giudice>>; siffatta modalità chiaramente arbitraria a fronte del dettato

² Così, ancora, la Relazione cit., p. 84-85.

costituzionale di cui all'art. 112 Cost., finisce con il condannare alla prescrizione i processi pretermessi dalla scelta di cui sopra.

Il secondo aspetto su cui la Relazione citata induce a soffermare l'attenzione è che tra i vari rimedi esaminati dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla prassi per arginare questo stato di crisi ormai permanente, *l'unico su cui ci sofferma in termini espliciti per condannarne l'abuso* è il rimedio rappresentato dai c.d. criteri di priorità.

Donde il tema del presente lavoro.

2. L'esegesi del principio ad opera della Corte costituzionale.

I pochi dati ufficiali appena consegnati all'attenzione di chi si accinga a tentar di approfondire il senso, il valore e, non da ultima, la realtà effettuale del principio nettamente stagiato dalla lettera dell'art. 112 Cost. (<<Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale>>), sono tali da introdurre direttamente *in medias res*: il significato delle parole non è fraintendibile, ma da oltre due decenni la dottrina s'interroga con intensità crescente sulla sostenibilità del canone per il sistema, mentre, dal canto suo, il sistema stesso attesta, con l'autorevolezza delle parole del Primo Presidente della Cassazione, che esso non è in grado di reggere il principio o, meglio, una certa lettura del principio.

La storia esegetica³ dell'obbligatorietà è perseguibile con chiarezza dalla lettura di molteplici sentenze della Corte costituzionale: l'intera portata del canone e le sue conseguenze si colgono, però, in termini pressoché esemplari nella sentenza n. 88 del 1991, allorquando la Corte ebbe ad essere interrogata sulla compatibilità con la regola costituzionale dell'art. 125 disp. att. c.p.p.: la decisione è notissima ed ancor oggi le puntualizzazioni effettuate dalla Consulta in quella sede conservano intatto valore esegetico per *tutte* le disposizioni codicistiche che abbiano a coinvolgere quelle attività del pubblico ministero che siano qualificabili in termini di "azione".

Scriva la Corte: <<il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità... ma comporta altresì che, nei casi

³ Una splendida condensazione della storia del principio è realizzata da DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pp. 235 e ss. Per una recente rassegna della giurisprudenza e della dottrina in argomento si veda GIALUZ, *Art. 112*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da Bartole e Bin, Padova, ed. 2008, pp. 1011 e ss.

dubbi, l'azione vada esercitata e non omessa... Azione penale obbligatoria non significa però consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola questa tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dall'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione>>⁴.

Sono molti i passaggi fondamentali di questa pronuncia ed emergono già dalle poche righe sopra riprodotte: anzitutto –prescrive la Corte agli interpreti- la regola dell'obbligatorietà implica ed anzi esige che le disposizioni di legge ordinaria siano lette in chiave di *favor actionis*; quest'ultimo canone a sua volta comporta non solo il rigetto di scelte legislative che cedano nelle mani del pubblico ministero poteri di scelta informati ad opportunità, ma anche che, nella pratica applicazione dei singoli casi, l'azione penale debba essere esercitata piuttosto che omessa pure laddove esiste il dubbio sulla sua effettiva fondatezza.

La Consulta non avrebbe potuto essere più chiara: l'art. 112 Cost. scrive confini piuttosto precisi allo *spatium agendi* proprio del legislatore, obbligandolo a non delineare fattispecie processuali improntate all'*Opportunitätsprinzip*, e per di più detta chiare le sue esigenze anche alla prassi quotidiana delle Procure e dei Tribunali: *in caso di dubbio l'azione penale dev'essere esercitata e non omessa*.

Il secondo snodo argomentativo della Corte è fondamentale per la comprensione della materia: dire che il *limite implicito* alla stessa obbligatorietà, *razionalmente intesa*, è che l'instaurando processo non risulti *oggettivamente superfluo*, significa dire, anzitutto, che il concetto di obbligatorietà si *autodelimita*, apparendo come un *non sense* tutte le volte in cui il p.m. intenda esercitare un'azione la cui sorte è pianamente prevedibile, per infondatezza della notizia o per strutturale carenza di prove del fatto storico realmente accaduto.

Sarebbe irrazionale –dice in sostanza la Corte- che il principio di obbligatorietà dell'azione penale esigesse un irrimediabile automatismo tra notizia di reato e

⁴ Così la sentenza costituzionale n. 88 del 1991, in *Cass. pen.* 1992, p. 249, con commento di L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.)*. Sulle implicazioni dell'art. 125 disp. att. c.p.p., è dovuta la lettura di GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1274 e ss.

attivazione del processo: null'altro prescrive, in realtà, il principio se non che tutti i reati vengano perseguiti senza valutazioni che siano differenti dall'esigenza di accertare il fatto e giungere all'individuazione/punizione del colpevole.

La Corte precisa poi come queste parole risultino tanto più vere nel contesto del codice di procedura penale vigente, che disegna il proprio assetto su indagini preliminari della potenziale durata di due anni e un'azione penale collocata sulla linea del discrimine che separa, con la scelta del pubblico ministero, il passaggio della materia nelle mani del giudice del processo.

Potremmo aggiungere ragionevolmente che la pronunzia della Corte reca in sé, implicito, ma chiaro, un passaggio logico ulteriore: se azione obbligatoria significa agire avendo di mira il fine di ottenere la punizione del colpevole del reato, allora tutte le conclusioni estraibili dal principio così rettammente inteso valgono non solo per la struttura processuale vigente, ma valevano tal quali sotto l'impero del codice 1930 e varrebbero ancora quale che fosse il futuribile armamentario processuale di cui il legislatore volesse dotarsi.

Procedere oltre nel ragionamento significa indagare sul significato dell'elemento semantico attorno a cui ruota il fulcro della norma: cosa significa "azione penale"? Identificare il concetto implica –è evidente- comprendere quali siano gli atti e le attività che la norma qualifica come doverose per il pubblico ministero.

3. Schizzo dei doveri del pubblico ministero, ovvero: il concetto di azione penale.

Sembra chiaro: se si predica la doverosità di un qualcosa (<<l'azione penale è obbligatoria>>), occorre definire i tratti identificativi dell'atto e/o dell'attività premessa come obbligatoria.

Chiedersi cosa sia esattamente l' "azione penale" significa, in concreto, delineare quali siano i doveri del pubblico ministero attinenti al precetto costituzionale.

Eppure –nonostante l'evidente spessore del tema- il primo rilievo in cui ci si imbatte con costanza è che il concetto di azione penale, ed anzi, prima ancora, lo stesso concetto di "azione", siano afflitti da irredimibile relatività; una relatività legata al contesto ordinamentale di riferimento, quando non all'angolo prospettico in cui si collochi l'interprete: <<il problema dell'azione>> si legge <<si risolve nella sua

storia, o meglio nella storia delle sue molteplici e mutevoli concezioni, identificandosi interamente in essa>>⁵.

Un assunto del genere induce il sospetto che sia *affaire* tutt'altro che semplice capire cosa sia l'azione e, dunque, –per scendere dal mondo dei concetti a quello della legislazione ordinaria- capire *quali siano le attività che inderogabilmente devono essere compiute dal pubblico ministero*; il senso d'inafferrabilità concettuale e pratica si riduce immediatamente, però, allorché si ritenga di poter accogliere quell'autorevole dottrina che, sulla scorta di originali idee risalenti⁶, costruisce l'azione quale unico e solo modo per <<affermare l'ordinamento, attraverso il giudizio>>⁷.

Con impeccabile logica si è chiarito come tutte le risalenti controversie sul concetto di azione nascano da una sorta di illusione ottica, ovvero dall'idea che “il diritto” (diritto di proprietà, diritto di credito, *jus puniendi* dello Stato) sia qualcosa di più di una formula concepita per sintetizzare una posizione giuridica attribuita da un ordinamento che esiste nella misura in cui riceva spontanea osservanza, ma che cessa di esistere non appena l'adeguamento alla norma giuridica sostanziale non si verifichi; in questa seconda ipotesi, invero, appare chiaro che il soggetto coinvolto non *ha* un diritto di proprietà, un diritto di credito o il diritto di punire, ma solo ed esclusivamente un *diritto o potere di azione*, ossia il potere di agire al fine provocare quell'intervento della giurisdizione che *renda esistente l'ordinamento giuridico, affermandolo tramite provvedimento emesso da un giudice*: <<l'ordinamento non vive nell'astratto, ma nel concreto e questa concretezza trova ad ogni istante nell'azione umana che ad esso si adegua e in quanto si adegua. Di qui l'inscindibilità assoluta dell'ordinamento dall'azione... l'ordinamento senza l'azione è un mero *flatus vocis*>>⁸.

⁵ Le parole sono estratte dal notissimo lavoro di ORESTANO, voce *Azione (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 853 e ss. Così si esprimeva, del resto, già vent'anni prima, CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 22.

⁶ Il riferimento corre alle dense pagine di PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo dig. it.*, vol. II, Torino, 1938, p. 91 poi in *Novissimo dig. it.*, vol. II, Torino, 1968, p. 30, donde provengono le citazioni qui effettuate.

⁷ La teoria che ci appresta a sintetizzare è di Salvatore Satta, al pari delle parole nel testo. V. SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, ed. 2000, p. 131.

⁸ Così SATTA-PUNZI, *Diritto processuale*, cit., p. 11. Con luminosa efficacia scriveva PEKELIS, voce *Azione*, cit., p. 38: <<eppure già al mugnaio di Sansouci sarebbe probabilmente sembrata evidente la constatazione che un diritto di proprietà o di credito si ha, in realtà, solo in tanto in quanto vi siano “dei giudici a Berlino” ai quali si può ricorrere, in quanto si abbia, cioè, un diritto di azione>>.

In questa prospettiva, il giudice ed il giudizio appaiono come la personificazione dell'ordinamento, che rendono reale nell'attimo in cui viene deciso il caso specifico portato *sub iudice*; realtà, questa, capace di venire ad esistenza solo se e nella misura in cui all'azione umana non avvenuta, o all'*agere* diretto all'autogiustizia, si sostituisca, appunto, l'*agere* in provocazione dell'intervento giudiziale.

Nel processo penale, poi –precisa la medesima autorevole dottrina- l'esigenza di concretare l'ordinamento proviene non già dal soggetto privato, ma dall'ordinamento stesso, il quale, per questa ragione, <<esprime dal suo seno non solo *l'altro da sé* che è il giudice, ma anche il soggetto della sua azione, che è il pubblico ministero>>⁹.

Su comparabile lunghezza d'onda, del resto, altra nota dottrina scriveva che il reato è un fatto giuridico in questa misura: <<il suo verificarsi provoca determinati effetti che si riassumono nel sorgere di situazioni soggettive di dovere che hanno come destinatari gli organi dello Stato ai quali è affidata la giurisdizione penale. Un omicidio ... od un esercizio arbitrario delle proprie ragioni... assumono un ruolo non diverso da quello della morte di una persona nella fattispecie della successione testamentaria o dell'inadempimento di un'obbligazione quanto al c.d. potere concreto di azione condannatoria>>¹⁰.

Orbene, quando si condivida l'idea di un concetto di azione, prima, e di azione penale per conseguenza¹¹, strutturalmente ed essenzialmente identificati in un *agere* in provocazione della pronuncia giurisdizionale, che si sostituisce alla spontanea ottemperanza o all'autogiustizia, allora sembra evidente come definire "obbligatoria" un'azione penale così configurata, comporti alcune conclusioni piuttosto evidenti: se *risulta* che l'ordine sociale postulato dalla norma penale sostanziale non si è spontaneamente realizzato (*se i dati conoscitivi raccolti dimostrano* che qualcuno ha ucciso, ha rubato, ha provocato un aborto clandestino, etc.), il pubblico ministero *deve* agire per provocare una pronuncia giudiziale che dichiari come, nel singolo caso specifico, sia stata avverata una fattispecie penale astratta e il comportamento sia meritevole della x sanzione.

Nello speculare contesto del diritto civile, il soggetto titolare del potere d'azione *può*, appunto decidere di attivarsi per richiedere una pronuncia giudiziale che sostituisca

⁹ Ancora SATTA-PUNZI, *Diritto processuale*, cit., p. 14, n. 7.

¹⁰ Sono parole di CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, s.d., p. 122.

¹¹ Assolutamente autorevoli i contributi al concetto di azione penale succedutisi nel tempo; di indispensabile lettura DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 400; MARZADURI, voce *Azione. IV) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Agg., Roma, 1996, p. 1; UBERTIS, voce *Azione. II) Azione penale*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1.

la spontanea ottemperanza ad un diritto di cui si afferma titolare; in altri termini, essendo di natura privata gli interessi sostanti alle norme di carattere sostanziale, la concretizzazione dell'ordinamento giuridico tramite il giudizio è affidata alla libera scelta del soggetto.

Al contrario, gli interessi sottostanti alle norme penali sostanziali sono di natura pubblicistica, sicchè la scelta sul se agire al fine di provocare la concretizzazione dell'ordinamento giuridico, è affidata ad un soggetto pubblico e questa scelta è qualificata in un senso preciso dal principio di cui all'art. 112 Cost.

In entrambi i casi, peraltro, si ripete, l'azione non può che definirsi come *atto d'impulso alla concretizzazione dell'ordinamento*.

La semplicità dell'asserto si sfrangia, poi, in una serie di derivate: nella citata prospettiva, non *una qualsiasi* azione-richiasta di giurisdizione può dirsi obbligata, ma solo *quella nella quale si implichi che l'intervento del giudice è necessario* per verificare la corrispondenza tra accadimento concreto e fattispecie penale astratta ovvero, ancora una volta, per *affermare la giuridicità dell'ordinamento*; laddove, viceversa, l'inquirente si avveda che l'accadimento non corrisponde alla descrizione della norma sostanziale, la richiesta di giurisdizione risulta superflua: semplicemente, non esiste un fatto su cui si debba *ius dicere*.

Ulteriori conseguenze: se l'azione è funzionalizzata ad evocare la *iurisdictio*, come unica via *per affermare la realtà dell'ordinamento giuridico attraverso la pronunzia del giudice*, allora il pubblico ministero non è obbligato ad agire laddove non abbia rintracciato materiale idoneo a mettere il giudice *in condizioni di pronunziarsi*, qualora cioè l'azione sia superflua per mancanza di materiale probatorio.

E ancora: a sua volta, l'organo titolare dell'azione penale è in grado di decidere se postulare o meno l'intervento della giurisdizione solo nel caso in cui si sia procurato materiale idoneo ad esprimere le proprie valutazioni sulla *notitia criminis*; del resto, lo si rammentava poc'anzi: come osservato dalla Consulta¹², inesorabilmente il dovere di agire se del caso, postula quello di valutare se il caso effettivamente si dia; in questa prospettiva risulta assolutamente condivisibile il rilievo di chi osserva come non ritenere il p.m. obbligato ad *inquirere* significherebbe porre in essere <<una manovra radicalmente eversiva>> del precetto costituzionale: l'assenza di risultati

¹² Nella già citata sent. n. 88 del 1991.

investigativi potrebbe tranquillamente essere elevata a <<presupposto falsato di un patologico non-esercizio dell'azione>>¹³.

A fini di maggior chiarezza, non disdice magari aggiungere un particolare di qualche interesse: il tema dell'accertamento dei presupposti fattuali del dovere di procedere viene correntemente analizzato con riferimento al procedimento amministrativo e, alla piana constatazione dell'esistenza di un dovere di *completa istruttoria* dopo l'atto d'avvio "formale" del procedimento¹⁴, si accompagna l'indagine sul se sia doverosa finanche quell'attività del pubblico amministratore che viene correntemente qualificata come preistruttoria, destinata alla verifica d'esistenza dei presupposti per l'avvio del procedimento amministrativo; è interessante notare come, giusto con riferimento a quest'ultimo aspetto, la dottrina indulga proprio al confronto con il dovere d'*inquirere* del pubblico ministero *prima* dell'esercizio dell'azione penale, denotando la similitudine dei fenomeni pur racchiusi in settori diversi dell'ordinamento¹⁵; <<la preistruttoria>> si osserva <<assolve alla specifica funzione di acclarare che una situazione di fatto generi *il dovere di esercitare un determinato potere*: al suo interno si forma innanzitutto la decisione in ordine alla sussistenza del presupposto per l'esercizio del potere>>¹⁶.

Insomma: il dovere di effettuare l'accertamento dei presupposti fattuali in presenza dei quali scatta l'obbligo di esercitare l'azione penale –in caso cioè di corrispondenza dei fatti delineati dal materiale probatorio col fatto descritto dalla norma sostanziale– sembra essere un *portato logico ineludibile* dell'obbligo costituzionale iscritto in capo al p.m.

In questo senso –verrebbe da dire, riducendo i fenomeni ad un minimo comune denominatore– l'azione penale obbligatoria del codice vigente non si differenzia da quella del codice di procedura penale datato 1930: in entrambi i casi la fattispecie doverosa viene ad esistenza nel momento in cui si ravvisa la sussistenza degli estremi della commissione di un reato, non prima; in entrambi i casi, poi, appare riscontrabile un dovere *logicamente e ineludibilmente* sottinteso a quello d'agire: il dovere d'attivarsi per verificare l'esistenza dei presupposti dell'azione.

¹³ Così DI CHIARA, *Il pubblico ministero*, cit., p. 244.

¹⁴ Si vedano, sul punto, ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, pp. 119 e ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, pp. 405 e ss.; ma anche il sempre attuale LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, *passim*.

¹⁵ Corsivo nostro. La frase nel testo è di DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 717, n. 23.

¹⁶ Così DE LUCIA, *Denunce qualificate*, cit., p. 717.

4. *Obbligatorietà, discrezionalità, opportunità.*

Sembra piuttosto evidente che quelli appena tracciati sono termini generalissimi della fattispecie doverosa iscritta dalla Costituzione in capo al pubblico ministero; volendo aggiungere a questo schizzo una maggiore sostanza, al fine di delineare un'immagine meno evanescente, non si può fare a meno d'incappare in un ulteriore problema definitorio, ovvero quello che consente di capire cosa significa il termine "obbligatorietà".

Poiché ogni fenomeno si definisce (anche) in base a quello specularmente contrario, conviene *in primis* cercar di capire se l'alternativa all'azione definita come "obbligatoria" sia davvero una chiamata invece "discrezionale".

L'interrogativo è reso vieppiù lecito dalla constatazione che l'ordinamento processuale forse evocato con maggiore assiduità¹⁷ a simbolo di vigenza di un'obbligatorietà temperata da ampie zone cedute al canone opposto –la *Strafprozessordnung* tedesca– non adopera affatto la parola "discrezionalità", definendo il fenomeno in termini di "opportunità"¹⁸; la notazione appare ancor più significativa quando si convenga, poi, sul fatto che, in materia di studio del fenomeno giuridico "discrezionalità", è difficile trovare studi più ampi e approfonditi di quelli effettuati dalla dottrina tedesca negli ultimi duecento anni¹⁹.

L'utilizzo nostrano della formula "potere discrezionale" è realizzato sulla base di una convenzione linguistica diffusissima e, peraltro, idonea a deprivere il termine del suo significato giuridico –intenso e ricco di echi– per identificarlo con un asserito potere "libero" (del pubblico ministero, ma anche del giudice) di determinare la propria condotta in una pluralità di direzioni, predefinite come tutte concepibili e tutte legittime²⁰.

¹⁷ Si vedano, a mero titolo d' esempio e solo per limitarsi alle trattazioni più recenti, CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.* 2006, p. 3496; LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.* 2002, p. 8; VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2003, p. 251.

¹⁸ In una prospettiva necessariamente sintetica può farsi riferimento al noto commentario MEYER GOßNER, *Strafprozessordnung*, 50 Aufl, München, 2007, p. 629, rn. 7.

¹⁹ Per un'approfondimento dell'evoluzione storica v. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 292. Anche le pagine dedicate al tema "discrezionalità" da CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., pp. 158 e ss. sono pregne di riferimenti a noti autori tedeschi.

²⁰ L'uso giurisprudenziale del termine "discrezionale", a proposito di molteplici poteri del giudice penale, appare in questo senso assolutamente significativo di questo modo che deve definirsi generico e per nulla denotativo. Sul punto ci si permette di rinviare a VALENTINI, *Il potere del giudice nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, *passim*.

Al contrario, come da tempo ormai chiarito, esattamente sulla scorta di studi condotti nel settore del diritto amministrativo²¹, il potere discrezionale trova sicuramente origine da una norma fraseggiata in modo non casualmente, ma *volutamente* indeterminato, così che *uno degli elementi della fattispecie normativa si concretizzi solo in relazione ad una data situazione di fatto il cui accertamento è demandato dal legislatore al giudice*²².

Nel giudizio (realmente) discrezionale l'organo pubblico è chiamato a riempire di contenuto una disposizione normativa più o meno incompleta, ovvero a compiere un'opzione relazionata ad un numero variabile di vincoli²³; l'attività esplicativa di discrezionalità è, in altri termini, attività che *segue* quella di esegesi del testo normativo e *vale a completarne gli estremi*, così presentandosi al giudice, per questo aspetto, appunto come *quaestio iuris*, non diversamente dall'interpretazione.

Se si accetta la premessa per cui il potere discrezionale deriva dalla ritenuta necessità legislativa di lasciare indeterminati uno o più elementi della fattispecie, affidandone il completamento all'organo pubblico in vista di un miglior bilanciamento degli interessi esistenti nel caso concreto²⁴, si dovrà anche convenire che siffatta attività di bilanciamento da un lato dev'essere *sempre preceduta da un accertamento di fatto*, dall'altro si conclude non già con *l'instaurazione di un rapporto d'identità/differenza tra una fattispecie concreta ed una astratta*, ovvero nella sussunzione di quei dati fattuali sotto una fattispecie (che è attività di qualificazione giuridica del fatto²⁵), bensì –come sopra si notava- nella *diretta attribuzione al dato, qualificato solo semanticamente, del valore di "riempitivo" della fattispecie medesima*.

All'apparenza, il fenomeno che si viene qui sinteticamente descrivendo, risulta simile a quello che viene descritto allorché si sottolinea come i difetti della fattispecie astratta (ad es. la sua ambiguità), come pure la presenza in essa di formule c.d. valutative, produca una discrezionalità dell'organo pubblico²⁶ che trova spazio

²¹ V. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 170 e ss.

²² Così ancora CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 170.

²³ In questo senso FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, pp. 151 e ss.

²⁴ Il momento del bilanciamento o contemperamento degli interessi è *refrain* costante degli studi giuspubblicistici più recenti; si vedano, in tal senso, tutte le opere già sopra citate e, in particolare, COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., *passim*.

²⁵ Chiarissimo FERRUA, *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, II, Torino, 1992, p. 51: << Definire il valore giuridico di un fatto equivale ... a qualificarlo in secondo grado, assumendo come primo grado la descrizione nel linguaggio ordinario >>.

²⁶ V. pure, in tal senso, l'accurata analisi di LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, pp. 313 e ss. a proposito di quelle che egli chiama 'espressioni vaghe socialmente tipiche'.

sia all'interno dell'esegesi della norma, quanto nella sua applicazione alla fattispecie concreta.

La differenza tra la *sussunzione* del fatto sotto la norma vaga/ambigua, o contenente termini valutativi, e la *relazione* operata dal giudice tra condotta concreta e fattispecie nel caso di norma realmente attributiva di potere discrezionale, sta, però, tutta in ciò: mentre nel primo caso *il dato concreto viene comunque giuridicamente qualificato* -sia pure sulla base di scelte definibili discrezionali solo nel senso atecnico dell'espressione- al fine di poterne stabilire il rapporto di identità o meno con la fattispecie astratta²⁷, viceversa nell'*autentica fattispecie discrezionale* il fatto non viene *giuridicamente* qualificato, ma *solo semanticamente*; qualifica semantica cui segue l'istituzione di una relazione non già con un *tipo* normativizzato, ma con un *genus* indicato dall'elemento discrezionale della fattispecie.

In ultima analisi, l'impossibilità della sussunzione o qualificazione giuridica, nell'ipotesi di applicazione della norma discrezionale, comporta l'inapplicabilità del sillogismo giudiziario, come appare chiaro appena che si rifletta sulla differenza che corre tra la sussunzione (per quanto variegata di discrezionalità) che il giudice opera allorché definisce un certo atto come osceno, ai sensi del codice penale (tipica formula valutativa) e l'identificazione delle c.d. esigenze cautelari, la cui fattispecie (art. 274 c.p.p. abr.) non denota alcuna <<classe di comportamenti la cui effettuazione sia accertabile meramente per via osservativa>>²⁸.

Nell'autentica fattispecie discrezionale, non si è chiamati a qualificare uno o più fatti, nel senso di verificarne la relazione d'identità con gli elementi descritti dalla fattispecie, bensì a *scegliere* quegli stessi fatti, in quanto ritenuti *capaci di esprimere il valore individuato dalla norma*; sicché l'unica qualificazione che il dato riceva (in base all'operazione che risponde alla domanda: *cosa è?*) resta quella derivante dal linguaggio ordinario.

In breve e per tornare al significato tecnico del concetto di "potere discrezionale", appare piuttosto chiaro che esso non possa in alcun caso identificarsi con un potere libero o incontrollabile, bensì con una fattispecie di dovere, solo caratterizzata dalla necessità di integrare la fattispecie tramite apprensione di fatti concreti, per poi decidere (razionalmente) in base ai medesimi.

²⁷ Cfr. ancora COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto del processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, p. 237.

²⁸ Così, mutuando la descrizione di una fattispecie determinata di COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, cit., p. 236.

In questo senso la regola codicistica che comanda al pubblico ministero di esercitare l'azione penale allorché non esistano i presupposti dell'archiviazione (art. 405, comma 1 c.p.p.) e individua poi questi ultimi nell'infondatezza della notizia di reato (artt. 408, comma 1 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.), è una *tipica fattispecie discrezionale*, rendendo doverosa per il pubblico ministero l'apprensione di tutti i fatti che siano indispensabili a valutare la “fondatezza” della notizia di reato; ovviamente il perimetro del dovere è costruito sopra i fatti concreti indicati nella *notitia criminis*, che esigeranno, di volta in volta, l'uso di questa o quella modalità d'indagine, di questo o quel mezzo di prova, diversi a seconda delle differenti esigenze d'accertamento palesate dai fatti stessi.

In altri termini: l'azione penale è sempre e comunque –osseremmo dire “fisiologicamente”- discrezionale, perché presuppone un'attività di doveroso accertamento di fatti, chiamati ad avverare il concetto di fondatezza²⁹.

L'azione penale, al contrario, secondo il comando dell'art. 112 Cost. non può e non deve essere mai profilata dal legislatore o interpretata dal giudice come “opportunistica”.

Si torni ora al profilo comparatistico sopra appena accennato: le fattispecie elencate nei §§ 153 e ss. della tedesca *StPO* sono considerati come casi in cui l'ordinamento attenua il (dominante) principio che obbliga il pubblico ministero a perseguire tutti i fatti in cui appaiono ravvisabili gli estremi di un reato, in nome di un *Opportunitätsprinzip* di cui (non per caso, evidentemente) si proclama apertamente tanto la contrapposizione con il canone di legalità, quanto la non coincidenza con il fenomeno della discrezionalità (*Ermessen*)³⁰.

Le ragioni di un siffatto argomentare –come pure quelle dell'uso del termine “opportunità” (*Opportunität*), in luogo di quello di “discrezionalità” (*Ermessen*) a definire i casi di cui ai §§ 153 e ss. *StPO*- appaiono auto evidenti, quando si ponga mente al concetto di potere discrezionale, come sopra delineato: se la norma attributiva di discrezionalità è una fattispecie parzialmente indeterminata, consapevolmente ideata tale dal legislatore in vista di una necessità di relazione col reale più intensa che nelle norme vincolate; fattispecie la quale esige comunque dal destinatario dapprima un'attività di ricerca/identificazione dei dati idonei a rientrare nel *genus* normativo, poi un'attività di valutazione di quei dati; se

²⁹ In questo senso v. già, con chiarezza, DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 409.

³⁰ Così proprio MEYER-GOßNER, sub § 152, in *Strafprozessordnung*, cit., p. 629, rn. 7.

tutto ciò è vero allora sembra chiaro che l'opposto speculare dell'azione obbligatoria non è una "discrezionale" bensì, appunto, una guidata da criteri di c.d. opportunità.

Non per nulla la situazione soggettiva dell'organo pubblico destinatario di una norma attributiva di discrezionalità viene icasticamente definita come *dovere discrezionale*³¹.

Con riferimento all'azione, dunque, l'opposto dell'obbligatorietà non è la discrezionalità, bensì l'*opportunità*³²; invero, il nostro ordinamento non respinge la *discrezionalità* dell'azione penale rettamente intesa –e comunque implicita nella costruzione codicistica dei doveri investigativi del p.m. e nel concetto stesso di "infondatezza"- bensì il c.d. *Opportunitätsprinzip*.

5. *Dati statistici.*

Lo si è già messo in rilievo: è diffusa la considerazione che –ad onta delle salde proclamazioni di essenzialità del principio iscritto nell'art. 112 Cost.- il mondo reale fa mostra di una sostanziale, costante e rimarchevole violazione del principio stesso³³.

Chiamato a rendere conto di un'applicazione della legge eguale per tutti, il canone va in pezzi nell'istante stesso in cui approda presso i palazzi della Giustizia: forse non basterebbero neanche sforzi titanici da parte degli addetti ai lavori per conferirgli effettività, ma il dato di fatto è che i termini della violazione quotidiana sono tali da fare spavento.

Non sembrano esistere dati statistici forniti del crisma dell'ufficialità che facciano direttamente riferimento al fenomeno, ma sono rintracciabili indicatori, indiretti sì, ma tali da condurre a risultanti significativi: il Ministero della Giustizia pubblica numeri e grafici relativi ai procedimenti finiti in prescrizione nelle varie fasi del

³¹ CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 172.

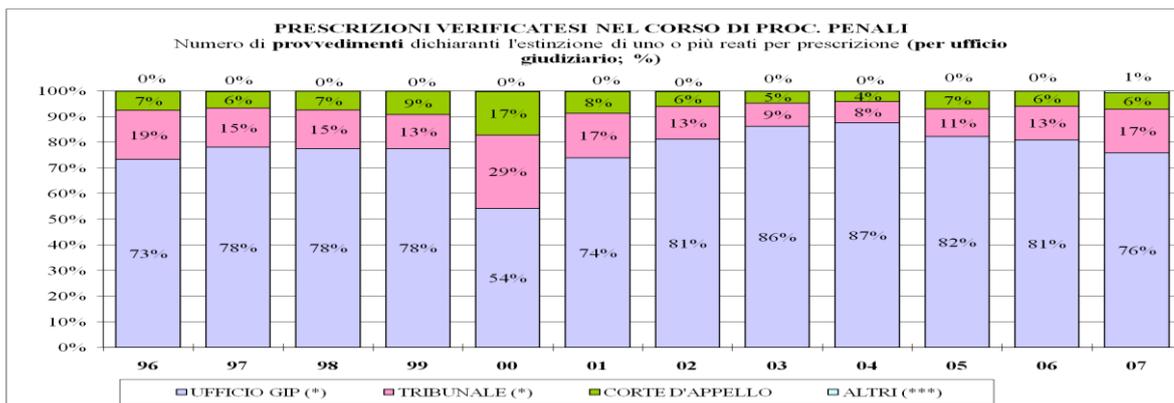
³² Il termine "opportunità" è, del resto, ripetutamente usato dalla medesima Corte costituzionale nella sopra citata sentenza n. 88 del 1991. In dottrina adopera correntemente questo termine, nel senso di alternativa speculare all'azione penale obbligatoria, CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, *passim*. Sottolinea con esattezza il differente significato dei termini DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 248, che scrive: <<la discrezionalità nell'esercizio dell'azione, intesa nel senso di scelta di opportunità con riguardo alla fattispecie singola, risulta bandita dalla Carta fondamentale, ma rischia non di rado di riemergere, pur in termini surrettizi, sul piano dell'esperienza>>.

³³ Esemplarmente si vedano le considerazioni di CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2660.

procedimento; vale la pena di osservare quelli relativi ai reati che cadono in prescrizione durante le indagini preliminari³⁴.

PROVVEDIMENTI PER UFFICIO GIUDIZIARIO												
	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07
UFFICIO GIP (*)	41.405	68.061	100.337	105.886	45.250	105.455	138.001	178.387	185.830	143.793	126.920	118.919
TRIBUNALE (**)	10.826	13.304	19.397	18.102	23.844	24.797	21.680	18.802	17.878	18.882	20.708	26.870
CORTE D'APPELLO	4.136	5.620	9.407	12.292	14.059	11.970	9.887	9.595	8.552	12.023	8.863	9.791
ALTRI (***)	119	227	252	265	251	457	415	107	137	226	329	1.262
TOT. NAZ.	56.486	87.212	129.393	136.545	83.404	142.679	169.983	206.891	212.397	174.924	156.820	156.842
(%)												
	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07
UFFICIO GIP (*)	73,3%	78,0%	77,5%	77,5%	54,3%	73,9%	81,2%	86,2%	87,5%	82,2%	80,9%	75,8%
TRIBUNALE (**)	19,2%	15,3%	15,0%	13,3%	28,6%	17,4%	12,8%	9,1%	8,4%	10,8%	13,2%	17,1%
CORTE D'APPELLO	7,3%	6,4%	7,3%	9,0%	16,9%	8,4%	5,8%	4,6%	4,0%	6,9%	5,7%	6,2%
ALTRI (***)	0,2%	0,3%	0,2%	0,2%	0,3%	0,3%	0,2%	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%	0,8%
TOT. NAZ.	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
(*) = vi sono compresi i dati della Pretura-GIP soppressa il 02/06/99 con la riforma del Giudice Unico di 1° grado												
(**) = vi sono compresi i dati della Pretura-Dibattimento soppressa il 02/06/99 con la riforma del Giudice Unico di 1° grado												
(***) = Giudice di Pace (operativo dal 02/01/02), Corte di Assise, Corte di Assise di Appello, Ufficio GIP minori, Tribunale minori, Corte di Appello-sez. minori												

³⁴ I dati e i grafici che seguono sono stati scaricati in data 28 giugno 2009 dal sito www.giustizia.it. E' bene precisare che i grafici riportati non sono più disponibili sul sito indicato a partire dalla rimodulazione del medesimo effettuata in epoca successiva; i dati completi del monitoraggio, peraltro, possono essere richiesti tramite mail inviata all'indirizzo biblioteca.aapp.min@giustizia.it.

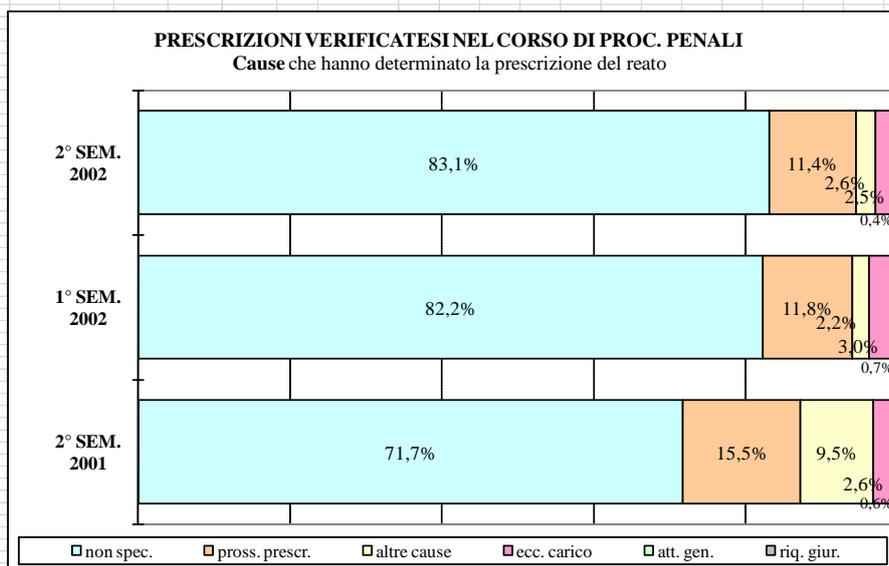


MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI DI GIUSTIZIA - DIR. GEN. GIUSTIZIA PENALE - UFFICIO I

PRESCRIZIONI VERIFICATE NEL CORSO DI PROCEDIMENTI PENALI

Cause della prescrizione del reato indicate dagli Uffici giudiziari

SEMESTRI: 2°/01 - 1°/02 - 2°/02



LEGENDA (per una migliore leggibilità del dato, vedi anche foglio "Valori")

non spec. = causa non specificata

pross. prescr. = il reato è pervenuto all'ufficio prossimo alla prescrizione o già prescritto (1)

ecc. carico = eccessivo carico di lavoro dell'ufficio (2)

att. gen. = concessione di attenuanti generiche (3)

riq. giur. = riqualificazione giuridica e/o derubricazione del reato (4)

altre cause = cause diverse da quelle dei punti sopra riportati (5)

Nella tabella e nel primo grafico (che costituisce elaborazione visiva dei dati riportati in tabella) risultano riprodotti i numeri relativi ai procedimenti definiti a causa d'intervenuta prescrizione del reato nelle varie fasi del procedimento penale; i dati

del monitoraggio appaiono ivi colti nell'arco di 11 anni, ossia dall'anno 1996 all'anno 2007.

Com'è agevole notare, la percentuale dei procedimenti chiusi per prescrizione dal GIP *nel corso delle indagini preliminari* è costantemente superiore al 70% in tutto il periodo, con l'unica, curiosa eccezione, rappresentata dall'anno 2000, allorquando "solo" il 54% delle prescrizioni verificatesi dopo l'iscrizione delle notizia di reato risultano sancite durante le indagini preliminari.

I numeri –già di per sé eclatanti- rivelano vieppiù il loro intrinseco significato qualora si studi il secondo grafico, che riproduce invece i dati relativi alle *cause* dell'intervenuta prescrizione: se qualche ottimista fosse stato indotto a pensare che un *quantum* talmente elevato di prescrizioni dichiarate in corso d'indagine non potesse che essere ascrivibile a denunce tardive rispetto alla data del fatto, l'osservazione successiva rivela come giusto una percentuale di reati variabile tra l'11% e il 15% sia stata afflitta da questo problema; giova poi rilevare ulteriormente come solo una misera percentuale variabile tra il 2 e il 3% di tutte le prescrizioni risulti addebitata alla causa "eccessivo carico di lavoro"; i meccanismi spesso imperscrutabili delle statistiche nascondono invece sotto la misteriosa voce "causa non specificata" le ragioni di una percentuale oscillante tra il 71 e l'83% di declaratorie di prescrizione³⁵.

Orbene: si rammenterà come nell'*incipit* del presente lavoro si sia lamentata l'assenza di statistiche ufficiali o comunque affidabili che siano dedicate al problema dell'azione penale e/o della durata dei processi penali in genere e nelle varie fasi; beninteso, anzi, deve deplorarsi che le statistiche, pur effettuate dal Ministero della Giustizia, non abbiano maggiore estensione e non siano oggetto di studi appositi³⁶.

Ciò detto, sembra impossibile, però, non rilevare come i pochi dati disponibili – appunto quelli sopra riportati, relativi al numero di declaratorie di prescrizione del reato- siano davvero importanti: bisogna senz'altro, anzi, considerare *altamente* significativo che oltre il 70% delle pronunzie di prescrizione avvenga durante le indagini preliminari ossia *nella primissima fase del procedimento penale*, e non certo

³⁵ Ulteriore doveroso chiarimento –peraltro quasi superfluo, stante l'espressa dizione riprodotta- è che il terzo grafico, relativo alla causa di prescrizione, è relativo ad un monitoraggio effettuato nei soli anni 2001 e 2002.

³⁶ Fa eccezione il volume, peraltro risalente all'anno 1995, di DI FEDERICO-GAITO-MARGARITELLI-SECHI-SEGNETTI, *Il monitoraggio del processo penale. Potenzialità e limiti delle analisi statistiche*, Bologna, 1996; come pure il lavoro *Attuazione e monitoraggio del nuovo Codice di procedura penale : analisi statistica e tecnico-giuridica : periodo 1989-1995*, a cura di Giusti, Roma, 1997. Entrambi i volumi, peraltro, risultano inutilizzabili ai fini del presente lavoro in considerazione dell'epoca di riferimento.

a causa di una tardiva consegna della *notitia criminis* nelle mani degli inquirenti; queste prescrizioni si verificano per un'unica ragione: si tratta evidentemente di contravvenzioni o delitti c.d. minori e i relativi fascicoli risultano abbandonati alla polvere degli schedari. Quando si tenga conto dei tempi di prescrizione nel periodo monitorato e del fatto che il fenomeno riguarda anche reati a notevole impatto sociale – come, solo per procedere in via esemplificativa, casi di colpa professionale, infortuni sul lavoro, omicidi colposi derivati da violazioni delle regole del codice della strada, truffe, furti, *etc.* – è agevole comprendere quanto allarme suscitati, ancora una volta a livello sociale, la *sostanziale deprivazione di giustizia* in cui si trasforma l'inadeguatezza delle procure a smaltire il carico di lavoro.

Vale la pena, nella prospettiva appena segnalata, di riprendere le parole spese in tempi recenti dal Primo Presidente della Cassazione: <<I dati appena esposti non possono lasciarci indifferenti. La crisi della Giustizia ha conseguenze che vanno ben al di là dei costi, e degli sprechi, di un servizio inefficiente e si estendono alla fiducia dei cittadini, alla credibilità delle Istituzioni democratiche, allo sviluppo e alla competitività del Paese. Proprio perché non deve trattarsi di un potere autoreferenziale, la Magistratura italiana non può ignorare – tra i molteplici effetti esterni del suo operato – il forte calo di fiducia non solo internazionale, ma ora anche interno nei suoi confronti. La crisi di fiducia da parte dei cittadini è la conseguenza più dolorosa dei dati appena esposti e l'incoraggiamento più forte a lavorare per modificarli. La sfiducia mette in discussione proprio i caratteri fondamentali della Giustizia che si sono esaminati: la necessità della funzione, la natura di servizio essenziale, la capacità di funzionare come un sistema aperto che sia parte integrante dello sviluppo e della crescita della collettività. Si rischia di mettere in dubbio la stessa credibilità delle Istituzioni democratiche e la loro capacità di assicurare il rispetto delle regole e la garanzia dei diritti di tutti e per tutti. Se viene a mancare la convinzione che si possa ottenere Giustizia – in tempi certi, con modalità trasparenti ed efficienti, in misura eguale su tutto il territorio – il rischio è una pericolosa “fuga” verso forme di giustizia “diverse”...>>³⁷.

In breve: i dati *gridano* che l'intollerabilità del sistema odierno di *management* della domanda di giustizia penale è giunto a livello di guardia, rischiando di trasformarsi in strumento di destabilizzazione profonda delle basi stesse dello Stato di diritto: il

³⁷ Si tratta ancora di un passaggio della *Relazione*, cit., p. 32 e ss.

mugnaio di *Santsouci*, oggi, sarebbe consapevole di non trovare più “dei giudici a Berlino”.

6. I rimedi.

Sembra evidente che una crisi di questo tenore non possa essere gestita secondo prospettive emergenziali o comunque temporanee.

Le soluzioni additate e/o già in concreto adoperate sono di vario genere e spaziano dall'ampliamento dei tempi di prescrizione del reato, alla scelta di criteri di priorità nella *gestio* degli affari penali, sino all'adozione di formule di chiusura del procedimento variamente basate sul canone dell'esiguità del fatto³⁸.

Va detto subito che tutti i criteri sopra indicati –pur nella variegatazza delle rispettive impostazioni sistematiche- sembrano tradursi inesorabilmente o in un tradimento del canone di obbligatorietà dell'azione oppure, al contrario, in uno strumento scarsamente efficace rispetto all'enormità del bisogno deflativo.

Se l'allungamento dei tempi di prescrizione ha così chiaramente il sapore di una resa rispetto all'insostenibile *timing* del processo penale -costituendo, oltretutto, scelta in posizione di criticità rispetto al dettato costituzionale della “ragionevole durata”- da escludere aprioristicamente che si tratti di scelta legislativa legittima, si consideri, invece, con maggior approfondimento, la più elegante soluzione configurata dai c.d. criteri di priorità, su cui, tra l'altro, ha concentrato il fulcro della propria analisi dei c.d. rimedi la Relazione sull'amministrazione della giustizia nel 2008.

Da quale esperienza provenga la proposta dei criteri di priorità è ben noto: iniziando con la nota circolare Zagrebelsky³⁹, sino alla più recente circolare Maddalena⁴⁰,

³⁸ Per tutti si veda sul tema CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, *passim*.

³⁹ Su cui v. anzitutto V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, p. 101.

⁴⁰ E' bene precisare che la circolare c.d. Maddalena del 10 gennaio 2007, è stata sottoposta a disamina dalla VII Commissione del CSM, al fine di valutare le <<possibili conseguenze sul piano ordinamentale della circolare del Procuratore della Repubblica di Torino n. 57/07 – SP, e delle altre direttive emanate dai dirigenti degli Uffici di Procura (segnatamente quelli di Palermo e Busto Arsizio) in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza dell'applicazione dell'indulto>>. Nella decisione emessa in data 7 maggio 2007, la VII Commissione, pur valutando favorevolmente le circolari di Palermo e Busto Arsizio, ha deliberato di << invitare il Procuratore della Repubblica di Torino a riconsiderare la circolare in oggetto eliminando le segnalate criticità>>, sinteticamente rappresentate dai passaggi che appresso si riportano; in particolare, osserva la Commissione come l'idea di richieste di archiviazione “generose” << non può considerarsi corretto dalla riserva di tale “generosità”, ogni qual volta l'archiviazione appaia “praticabile o anche solo possibile”, quasi che l'istituto in questione non fosse subordinato a precise regole di rito che non consentono ondeggiamenti tra il “praticabile” o il “possibile”, ma esigono di essere rigorosamente rispettate onde, oltretutto, evitare che il controllo negativo del GIP produca inevitabili rallentamenti e, per una sorta di eterogenesi dei fini, tradisca proprio l'obiettivo di pronto smaltimento che il “suggerimento” della

senza dimenticare la traduzione legislativa di questi tentativi nell'art. 227 d.lgs. n. 51/1998, l'idea fondante dei criteri sembra essere quella di assicurare trasparenza e trattamento egualitario delle stesse situazioni concrete, eliminando le scelte realmente arbitrarie oggi compiute dai singoli pubblici ministeri senza un programma e con rischio di diseguaglianze di trattamento anche gravi: si parla, in altri termini, non già di cancellare il fenomeno della scelta tra le notizie di reato da acclarare e quelle da tralasciare, ma di renderlo visibile, controllabile e soggetto a canoni uniformi.

La logica dei criteri di priorità può essere riassunta in questo concetto: dando per scontato che le risorse non consentono di applicare nella sua pienezza l'art. 112 Cost, allora è bene che la scelta (definita implicitamente "inevitabile") tra notizie di reato da approfondire e altre da accantonare per un certo tempo, sia fatta non già dal singolo pubblico ministero in base a criteri elaborati esclusivamente nel foro interno, ma da qualcuno che sia responsabile dei criteri di scelta e che elabori detti criteri in base a regole precise.

I vantaggi del metodo sono chiari e indiscutibili: all'opzione occulta, non detta e non trasparente del sostituto procuratore che accantona il singolo fascicolo all'usura del tempo, si sostituiscono parametri il più possibile chiari e non valicabili, della cui oculatezza d'elaborazione una persona identificabile potrebbe essere chiamata a rispondere.

Sono variegate le posizioni assunte in dottrina nel valutare l'esperienza concreta, come pure la struttura costruttiva dei criteri di priorità⁴¹; talora, pur evidenziando pericoli e difetti, si insiste, comprensibilmente, nel notare il valore efficientistico dei criteri, sulla base di un <<approccio metodologico –sempre raccomandabile ove si discuta di diritto- secondo cui la dimensione applicativa di una regola è profilo essenziale dell'analisi giuridica>>⁴².

circolare intendeva prospettare. Quanto invece all' "accantonamento in attesa di tempi migliori" ipotizzato quale strumento concorrente per "salvare" i procedimenti per fatti consumati dopo il 2.5.2006, evitando di disperdere risorse nella trattazione dei processi per fatti coperti dall'indulto, appare evidente che - anche a volervi identificare un criterio di priorità - mai si è ritenuto possibile che tale criterio fosse autonomamente fissato dal singolo Procuratore, con riferimento a reati dallo stesso prescelti secondo un elenco che, per quanto aperto ad "arricchimenti" o "depauperamenti", è in radice privo di quella oggettività che, nella discussione fatta dalla miglior dottrina nell'adozione di tali criteri, doveva sempre connotarli onde evitare quella situazione di marcata disomogeneità a livello nazionale che le Camere Penali hanno denunciato>>. La decisione trovasi pubblicata per intero sul sito www.unicost.it.

⁴¹ Per uno svolgimento compiuto dell'argomento v. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.* 2007, pp. 875 e ss.

⁴² Così, limpidamente, a proposito del canone di obbligatorietà dell'azione penale osservato nel suo funzionamento reale, DI CHIARA, *Il pubblico ministero*, cit., pp. 247 e ss.

Altrove se ne sottolinea, con dissenso, la distanza che li separa da un reale ossequio al canone di cui all'art. 112 Cost.⁴³, individuando con chiarezza una violazione del principio: se la legalità del procedere determina il dovere di perseguire tutte le condotte che risultino corrispondenti alla fattispecie astratta penale, tra la previsione di un fatto-reato e l'attivazione del pubblico ministero (dovere d'indagare, poi dovere d'agire se del caso) giammai potrebbero legittimamente frapporsi scelte di priorità, in quanto così facendo si verrebbe ad interrompere, nei confronti dei procedimenti "parcheeggiati in attesa di tempi migliori"⁴⁴, l'automatismo, imposto dall'art. 112 Cost., tra *notitia criminis* ed iniziativa dell'organo d'accusa⁴⁵.

Non mancano neppure simpatizzanti ai criteri di priorità: se ne criticano i detrattori rilevando come le loro chiavi di lettura si fondino <<su una impostazione che non coglie la prospettiva secondo la quale sono destinati ad operare i criteri di priorità [...] La scelta di accordare carattere prioritario a determinate tipologie di procedimenti non contrasta con l'art. 112 Cost., poiché non comporta, di riflesso, che per le notizie di reato ritenute secondarie venga spezzato il nesso di consequenzialità tra acquisizione e obbligo di condurre le indagini. Anche per esse, infatti, resta fermo in capo al pubblico ministero il dovere di compiere i necessari accertamenti>>⁴⁶.

Tutti gli argomenti sopra elencati, invero, sembrano cogliere nel segno, se osservati ciascuno dal proprio angolo prospettico: è indiscutibile che i criteri di priorità blocchino l'automatismo tra arrivo della notizia di reato e inizio delle indagini; ed è altrettanto certo che, però, i casi accantonati in base alle regole non sono formalmente abbandonati: per essi, ancora una volta "formalmente", il dovere d'attivazione è solo procrastinato.

Quando si colga, però, l'aspetto - pragmatico e dunque attento alle manifestazioni *concrete* dei singoli istituti- per cui l'accantonamento temporaneo corrisponde al deterioramento delle prove e all'avanzare della prescrizione, ecco che non sembra possibile negare questo: i casi messi nell'angolo in attesa di tempi migliori, risultano non già formalmente, ma *de facto* casi per cui l'azione penale *non verrà mai*

⁴³ Si vedano ad esempio le riflessioni di CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 597; D'ELIA, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed uguaglianza a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1878 s.; NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999., p. 33.

⁴⁴ Qui si parafrasa chiaramente l'espressione contenuta nella delibera della VII Commissione CSM, già citata *sub* nota 41.

⁴⁵ D'ELIA, *I principi*, cit., p. 1884.

⁴⁶ Così VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2003, pp. 251 e ss.

esercitata, ad onta, magari, della pacifica sussistenza di tutti i presupposti del suo esercizio che sarebbero stati palesati da indagini tempestive; è quasi superfluo qui rammentare i dati emergenti dalle indagini statistiche citate poc'anzi: se per dieci anni oltre il 70% delle prescrizioni di reati si verificano *durante le indagini preliminari*, risulta chiaro che all'accantonamento corrisponde il non esercizio dell'azione penale provocato dall'intervenuta prescrizione, quando non dalla perdita o deterioramento che *tutte*⁴⁷ le prove subiscono nel decorso del tempo.

Ad alcune non irrilevanti obiezioni sembrano esporsi, poi, anche gli argomenti favorevoli a quell'altro strumento deputato a fornire trasparenza al fenomeno del mancato esercizio dell'azione penale e flessibilità alla gestione della notizia di reato: ci si riferisce alla c.d. esiguità del fatto, sintetizzabile nel concetto per cui la dimensione quantitativa del fatto illecito è ben più variegata e ricca di *nuances* di quanto appaia dai limiti legislativi di commisurazione della pena, e sul margine basso di questa dimensione si collocano i fatti bagatellari⁴⁸.

Chi plaude ad un'introduzione dell'istituto oltre gli esigui limiti applicativi del processo penale minorile e dei reati di competenza del giudice di pace⁴⁹, fa giustamente leva sul fatto che esso consente di proteggere l'obbligatorietà, intesa in modo razionale: <<la proposta della clausola (di archiviazione e) di proscioglimento per particolare tenuità è diretta a tradurre l'importante valore politico del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale perché si fa carico di differenziare il trattamento di fatti diversi, per quello spazio in cui la rigida astrattezza della tipicità penale non arriva a selezionare i fatti concretamente offensivi>>⁵⁰; in altri termini, la c.d. esiguità penale consente di sceverare, all'interno delle notizie di reato, quelle che si appalesino tanto poco (concretamente) offensive del bene tutelato dalla norma, da consentire che si soprassieda sull'esercizio dell'azione penale.

Ebbene: è certo vero che uno strumento del genere non urta con il canone costituzionale dell'art. 112 nella misura in cui la decisione sull'esiguità concreta del fatto denunciato sia effettuata su di un testo normativo *alieno da ambiti valutativi*

⁴⁷ E' chiaro che il riferimento va non solo al decadimento di eventuali tracce del reato (si pensi agli omicidi colposi), ma anche all'inevitabile dilavamento che il decorso degli anni causa nella memoria dei testimoni.

⁴⁸ Sul tema essenziale la lettura di PALIERO, <<*Minima non curat praetor*>>. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁴⁹ La declaratoria di non luogo a procedere per "irrelevanza del fatto" è prevista dall'art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, mentre l'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 prevede l'improcedibilità in caso di "particolare tenuità del fatto".

⁵⁰ Così CAPRIOLI-MELILLO-RUGGIERI-SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo*, cit., p. 3497.

troppo estesi e supportata da un *obbligo motivazionale* che renda trasparenti le ragioni della scelta⁵¹; ma che dire della concreta efficienza?

Presso il Ministero non risultano pubblicate statistiche dedite alla valutazione della concreta efficacia deflativa mostrata dall'istituto della "particolare tenuità del fatto" nel procedimento dinanzi al giudice di pace, ma l'empiria suggerisce che non siano poi così elevate le quote di fatti denunciati che s'inquadrino agevolmente in categorie variamente definite di esiguità; e non basta: se quello che deve supportare la scelta di non-esercizio dell'azione dev'essere un obbligo motivazionale *serio*, sorge il dubbio che il risparmio di tempo e risorse realizzato dall'istituto non sia poi tale da incidere in termini significativi sull'ingombrante problema della deflazione.

La soglia d'analisi dei possibili rimedi al problema dell'azione penale meriterebbe ben altro respiro di quello consentito dai confini caratteristici del presente lavoro, ma già un primo approccio consente di valutare i limiti delle varie soluzioni: *esse si presentano come un argine, non già come un rimedio strutturale*; quest'ultimo, a parer di chi scrive, non può che passare da una revisione del diritto penale sostanziale non già o non solo nel senso, innumerevoli volte auspicato, della depenalizzazione⁵², ma soprattutto verso una rivalutazione del ruolo dell'individuo o dell'ente portatore dell'interesse protetto dalla norma, aumentando in senso cospicuo il novero dei reati perseguibili a querela⁵³.

Potendosi ritenere definitivamente accantonati i risalenti interrogativi sulla compatibilità tra obbligo di cui all'art. 112 Cost. e procedibilità *sub condicione*, particolarmente con riferimento alla querela della persona offesa⁵⁴, una seria opera di ampliamento dei casi di perseguibilità a querela non sembra ostacolata da regole ordinamentali di rango superiore. Un'opzione legislativa siffatta dovrebbe ristrutturare anche i requisiti della querela medesima, in modo tale da impegnare il redattore al rispetto di regole che garantiscano la serietà dell'intento di evocazione della *iurisdictio*.

Una soluzione di questo tipo sarebbe in grado di assicurare deflazione penale in modo sensibile, ma sarebbe anche tale da agganciare il dovere d'attivazione del

⁵¹ V. DI CHIARA, *Il pubblico ministero*, cit., p. 261.

⁵² Sull'ambiguità e i rischi insiti in questi auspici v. peraltro DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione in un quadro del sistema*, in *Dir. pen. proc.* 2000, pp. 1562 e ss.

⁵³ Chiaramente nel senso che <<una più flessibile incidenza sul carico giudiziario può realizzarsi attraverso ristrutturazioni di sistema che incidano sui congegni della perseguibilità dei reati>> v. DI CHIARA, *Il pubblico ministero*, cit., p. 250.

⁵⁴ V. i riferimenti indicati da GIALUZ, *Art. 112*, cit., pp. 1018 e ss.

pubblico ministero a requisiti chiari, privi di margini inesorabilmente vaghi o ambigui o anche solo latamente valutativi, come accade con i criteri di priorità o con la c.d. esiguità penale: che la querela abbia o non abbia i tratti caratteristici per essere efficacemente tale è un tipo di vaglio prettamente formale, con margini valutativi stringenti.

Non è fuori luogo aggiungere che l'ampliamento della perseguibilità a querela consentirebbe di prestare rispetto ai numerosi *input* provenienti dalla sede europea, dai quali ormai da tempo proviene un sollecito chiaro agli Stati, anzi un duplice ordine: offrire più spazio alla vittima nel processo penale e favorire gli strumenti che consentano di arrivare ad una mediazione⁵⁵.

Ebbene, tanto in un senso, quanto nell'altro sembrano esservi pochi dubbi sul fatto che l'istituto della querela consente senz'altro una più incisiva presenza della persona offesa nella dinamica, come nella struttura del processo, così come pare altrettanto indubbio che essa, in modo persino congenito, apre ampi spazi a momenti di mediazione prima e durante il procedimento penale.

⁵⁵ Sono vari i documenti che possono essere annoverati sul tema; si segnalano il *Libro verde sul risarcimento alla vittime dei reati*, della Commissione della Comunità Europee (28 settembre 2001), come pure la recentissima *Relazione della Commissione in base all'articolo 18 della decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale* (20 aprile 2009) e naturalmente la stessa *Decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale* (001/220/GAI). Tutti i documenti citati sono rintracciabili sul sito europa.eu. In dottrina, per una bella panoramica v. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.* 2005, p. 6.