

**I LIMITI DEL CONTROLLO
SULL'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGO COSTITUZIONALE
DI ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE**

*Commento a Cass., Sez. Un., 28 novembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4319,
Pres. Santacroce, Rel. Lombardi, ric. P.m. in proc. L. e altri*

di Giulia Angiolini

SOMMARIO: 1. L'imputazione coatta nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite. – 2. E' abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. ordina al pubblico ministero la formulazione dell'imputazione per fatti nuovi? – 3. Dell'abnormità dell'ordine di formulare l'imputazione per notizie di reato soggettivamente e/o oggettivamente nuove rispetto alla richiesta di archiviazione. – 4. Obbligo di esercizio dell'azione penale & potere giudiziale di controllo sull'obbligatorietà dell'azione. – 5. Dei confini del potere di intervento del g.i.p. ex art. 409 c.p.p. – 6. La legittimità costituzionale dell'art. 409 comma quinto c.p.p. – 7. Legittimità dell'ordine di iscrizione di un soggetto nel registro delle notizie di reato/abnormità del contestuale ordine di esercizio dell'azione penale. – 8. Imputazione coatta sì, ma solo per fatti e persone previamente iscritti nel registro delle notizie di reato. – 9. Problemi che restano: l'efficacia del controllo.

1. L'imputazione coatta nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite della Corte di Legittimità si sono recentemente trovate a scrivere un nuovo capitolo della tormentata vicenda inerente la delimitazione dei poteri, da un lato, di esercizio dell'azione penale e, dall'altro, di controllo sullo stesso rispettivamente attribuiti dal nostro ordinamento al Pubblico Ministero e al Giudice.

Più specificamente, nel caso in esame, alle Sezioni Unite, è stato richiesto di portare – ulteriormente – luce sull'estensione del potere di imputazione coatta del giudice delle indagini preliminari previsto dall'art. 409 c. 5 del codice di rito, potere che costituisce un'estrinsecazione della verifica da parte dell'autorità giudicante sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale costituzionalmente imposto al Pubblico Ministero. La sentenza che si annota, in particolare, si pone in continuazione dell'opera di *finium regundorum* dei poteri dell'autorità giudiziale in caso di emersione dalle risultanze delle indagini di profili di novità oggettiva o soggettiva della notizia di reato rispetto alla richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero; opera che le stesse Sezioni Unite avevano intrapreso nel 2005¹, lasciando

¹ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, Minervini, *Rv.* 231163.

però solamente implicito – e quindi consentendo ancora contrasti giurisprudenziali in materia – il principio di diritto esplicitato invece nella più recente pronuncia.

2. E' abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. ordina al pubblico ministero la formulazione dell'imputazione per fatti nuovi?

L'occasione è originata dall'ordinanza di rimessione della Sezione V Penale della Corte di Cassazione risalente al giugno dell'anno scorso². In particolare, la Quinta Sezione era stata investita della questione a seguito del ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lucca avverso l'ordinanza con la quale il g.i.p. del Tribunale della medesima città, al termine dell'udienza camerale conseguente all'opposizione delle persone offese alla richiesta di archiviazione, aveva parzialmente rigettato la richiesta *ex art. 408 c.p.p.* e ordinato al pubblico ministero di esercitare l'azione penale anche nei confronti di un soggetto e per reati non previamente iscritti nel registro delle notizie di reato ai sensi dell'art. 335 c.p.p..

Più specificamente, l'antefatto alla rimessione alla Corte di legittimità può essere delineato nei seguenti termini. Il Pubblico Ministero aveva proceduto, a seguito di denuncia-querela delle persone offese, ad iscrivere nel registro delle notizie di reato un solo soggetto per i reati di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.) e lesione personale (art. 582 c.p.), quindi aveva richiesto l'archiviazione del reato *ex art. 612 bis c.p.*, non ravvisando i presupposti del medesimo delitto e ritenendo di non poter riqualificare i fatti esposti in querela come molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.) e aveva giustificato la propria decisione di non formulare richieste per le altre condotte denunciate con la contestuale pendenza di altri procedimenti penali aventi ad oggetto i medesimi fatti.

Il Giudice per le Indagini Preliminari, in udienza camerale *ex art. 410 c. 3 c.p.p.*, aveva, da una parte, accolto la richiesta di archiviazione del reato di atti persecutori, dall'altra, ritenendo ingiustificata la mancata iscrizione nel registro *ex art. 335 c.p.p.* e la rinuncia a procedere per i reati di lesioni, ingiurie (art. 594 c.p.) e minaccia aggravata (art. 612 c. 2 c.p.) attribuiti nella denuncia-querela anche ad un altro soggetto oltre a quello iscritto nel registro degli indagati e non costituenti oggetto di altri procedimenti penali pendenti, ordinato non solo le iscrizioni omesse, ma anche la formulazione dell'imputazione coatta per tali reati nei confronti di entrambi. Adducendo l'abnormità dell'ordinanza con cui si era pronunciato il Giudice per le indagini preliminari, il Pubblico Ministero aveva presentato ricorso alla Corte di legittimità, la quale, dopo aver ricostruito il quadro dei precedenti giurisprudenziali³ in materia, alla luce degli

² Si tratta di [Cass., Sez. V, 6 giugno 2013 \(dep. 25 giugno 2013\), n. 27805, Pres. Marasca, Rel. Pistorelli, ric. L.](#), con nota di G. LEO, [Alle Sezioni unite, nuovamente, il problema dei poteri del giudice dell'archiviazione riguardo a fatti e persone non compresi nella richiesta del pubblico ministero, in questa Rivista](#), 8 luglio 2013.

³ La Corte richiama in primo luogo Cass., Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, Minervini, cit. che riconosce al giudice il potere di ordinare l'iscrizione nel registro degli indagati del nominativo di soggetti non precedentemente iscritti e quindi Cass., Sez. VI, 23 maggio 2007, Del Prete, *Rv. 236702* che ha ritenuto

stessi, ha ritenuto che, mentre debba considerarsi abnorme il provvedimento nella parte in cui non si è limitato a disporre l'iscrizione del secondo soggetto nel registro degli indagati ma ha altresì ordinato nei suoi confronti l'imputazione coatta, «non altrettanto pacifica può ritenersi la soluzione con riguardo alla residua parte del provvedimento, relativa all'ordine di formulare l'imputazione in riferimento a reati diversi rispetto a quelli oggetto della richiesta di archiviazione» dal momento che la giurisprudenza si è pronunciata in maniera discordante su tale questione di diritto.

Pertanto, la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione, ravvisando un contrasto giurisprudenziale in materia, ha rimesso il ricorso, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., alle Sezioni Unite, sottoponendo l'esame del quesito giuridico articolato nei seguenti termini: «se sia abnorme il provvedimento con cui il G.i.p., investito della richiesta di archiviazione per un determinato reato, ravvisando anche altri reati nei fatti oggetto del procedimento, ordini al Pubblico Ministero di formulare l'imputazione ex art. 409 c.p.p. in riferimento a questi ultimi».

3. Dell'abnormità dell'ordine di formulare l'imputazione per notizie di reato soggettivamente e/o oggettivamente nuove rispetto alla richiesta di archiviazione.

Le Sezioni Unite, dichiarata la fondatezza del ricorso, hanno ritenuto che il contrasto giurisprudenziale in materia dovesse trovare soluzione alla luce del seguente principio di diritto: «Esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari e

legittimo, perché rientrante nel potere di controllo sulla completezza e congruità delle indagini, l'ordine da parte del giudice di iscrivere nel registro ex art. 335 c.p.p. una diversa ipotesi criminosa (in senso conforme rileva anche Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2013, n. 4183, Noli, *Rv.* 254254, mentre nota che Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 5058/10, Saccenti, *Rv.* 246136 nel dichiarare abnorme il provvedimento con cui il g.i.p., dopo aver accolto l'archiviazione, disponga d'ufficio l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di una persona diversa rispetto a quelle già indagate e per una diversa ipotesi criminosa, è propensa ad evincere dalla motivazione della sentenza che la dichiarazione di abnormità sia dovuta alla pretermissione del p.m. da parte del giudice dalla gestione del registro delle notizie di reato. Sul secondo profilo (*i.e.* sul potere del giudice di ordinare l'imputazione coatta) la Sez. VI, nell'ordinanza di rimessione rileva, da una parte, che, a seguito di Cass., Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, Minervini, *cit.*, la giurisprudenza (il riferimento è a Cass., Sez. V, 25 ottobre 2005, n. 27/06, Roncato e altro, *Rv.* 233058; Cass., Sez. IV, 18 aprile 2008, n. 23100, Villa, *Rv.* 240504; Cass., Sez. III, 12 febbraio 2009, n. 15732, Loschiavo, *Rv.* 243253; Cass., Sez. V, 18 novembre 2010, 6225/11 Conf. Comp. in proc. ignoti, *Rv.* 249294; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2010, n. 39283, Ciarmiello, *Rv.* 248839; Cass., Sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 3891, Milana e altro, *Rv.* 251578) è costante nel negare al giudice il potere di ordinare l'imputazione coatta nei confronti di soggetti non precedentemente iscritti nel registro degli indagati; dall'altra, che la giurisprudenza non è univoca nel negare anche il potere del giudice di ordinare l'imputazione coatta per altri titoli di reato (a favore della negazione del potere ricorda Cass., Sez. III, 27 maggio 2009, n. 28481, Battisti, *Rv.* 244565; Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 41409, Anzellotti e altro, *Rv.* 245476; Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2007, n. 20198, Marinelli, *Rv.* 236667; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 5058/10, Saccenti, *Rv.* 246136; mentre rileva per l'orientamento contrario – che definisce «apparentemente maggioritario» – Cass., Sez. VI, 28 settembre 2012, n. 42508, Peverelli e altro, *Rv.* 253617; Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2010, n. 9005, Innantuono, *Rv.* 246407; Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 14565, S., *Rv.* 250029; Cass., Sez. VI, 22 giugno 2011, n. 34284, Polese, *Rv.* 250836; Cass., Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 43262, Frizzo, *Rv.* 241724; Cass., Sez. I, 24 novembre 2006, n. 41207, Laccetti, *Rv.* 236003.

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

Enunciata la meta raggiunta dalla Corte, preme ora ricostruire i passi compiuti dalla stessa per arrivare ad affermare tale principio. Prima di ripercorrere ed analizzare ogni singolo passo della sentenza in esame, sembra opportuno anticipare fin da ora che il percorso della Corte si articola in una chiara e sistematicamente coerente analisi: individuata, *in primis*, la tematica oggetto del quesito, viene, quindi, ricollegata al tessuto normativo di riferimento (partendo dai principi costituzionali per arrivare alle norme del codice di rito) e all'interpretazione che dello stesso è stata fornita dalla giurisprudenza (muovendo nuovamente dall'analisi delle pronunce del Giudice delle leggi per arrivare alla Giurisprudenza di legittimità prima a Sezioni Unite e, in seguito, semplici).

Ma vediamo nel dettaglio i singoli passaggi.

4. Obbligo di esercizio dell'azione penale & potere giudiziale di controllo sull'obbligatorietà dell'azione.

Il ragionamento delle Sezioni parte dall'inecepibile inquadramento del quesito giuridico sottoposto nella più ampia problematica dell'individuazione dei confini del potere di controllo giudiziale sull'adempimento da parte della pubblica accusa dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale.

La motivazione in diritto, infatti, dopo aver dedicato un breve paragrafo all'infondatezza dell'eccezione di tardività del ricorso e aver ripreso la delineazione del contrasto giurisprudenziale in materia tracciata dalla Quinta sezione nell'ordinanza di rimessione, si premura di precisare immediatamente che la risposta discenderà conseguentemente dalla definizione della «delimitazione dei poteri di controllo sull'operato del pubblico ministero per assicurare il rispetto del principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*».

Muovendo da questa premessa, la sentenza in commento chiarisce che la delimitazione dell'estensione dei poteri di intervento della magistratura giudicante sulla scelta della magistratura inquirente di azionare il procedimento di archiviazione deve tener conto di due parametri (dei quali la Corte sottolinea la natura costituzionale): da un lato, l'affidamento da parte del codice di rito del 1988 del «potere di delibazione» sulla scelta del pubblico ministero di rinunciare all'esercizio dell'azione penale all'autorità giudicante (il g.i.p.)⁴; dall'altro, la netta distinzione della funzione inquirente e di quella giudicante operata dal codice di procedura penale vigente alla

⁴ La Corte ricorda anche che il legislatore del 1988 ha «escluso un generalizzato intervento diretto dell'organo sovraordinato della pubblica accusa», consentendone l'intervento solo nei casi di avocazione delle indagini *ex art. 412 c.p.p.*.

luce del principio di terzietà del giudice dettato dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁵ e, a seguito della riforma costituzionale del 1999⁶, anche dall'art. 111 c. 2 della Carta Costituzionale.

La richiesta di archiviazione della notizia di reato, infatti, apre il sipario sulla necessità di dare contemporaneamente attuazione (e quindi di contemperare) due principi entrambi di rango costituzionale: da un lato, il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'articolo 112 della Carta Costituzionale e, dall'altro, il principio di terzietà del giudice riconosciuto dall'art. 111 c. 2 della Costituzione.

Il chiaro disposto dell'art. 112 del testo costituzionale non lascia dubbi sul fatto che l'azione penale sia obbligatoria e che l'obbligo di esercitarla gravi sul pubblico ministero⁷. Quest'obbligo, secondo unanime interpretazione, incombe sull'organo dell'accusa solo laddove lo stesso ravvisi la sussistenza dei presupposti per esercitare l'azione penale e l'archiviazione «non è altro che la faccia oscura dell'art. 112 Cost.»⁸ avendo il procedimento archiviativo origine dalla valutazione del p.m. di inesistenza dei medesimi presupposti e conseguentemente di esclusione dalla soggezione all'obbligo costituzionale.

Il pubblico ministero, quindi, per agire in modo conforme al dettato costituzionale e all'art. 50 del codice di rito, che ne costituisce attuazione a livello di legge ordinaria, dovrebbe optare per la richiesta di archiviazione solo laddove non ritenesse, alla luce delle risultanze delle indagini preliminari, fondata la notizia di reato⁹ o verificasse che il fatto non è previsto dalla legge come reato, che il reato è

⁵ Convenzione, come ricordato anche dalla sentenza in commento, recepita dall'Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848.

⁶ Ci si riferisce alla L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

⁷ Per completezza, si rileva che terzo carattere dell'azione penale evincibile dal testo dell'art. 112 Cost. è la sua natura pubblica. Tale principio, dal quale viene anche fatto discendere quello di indipendenza esterna del pubblico ministero, è considerato un *unicum* sul panorama giuridico europeo. A tal riguardo si confrontino G. MONACO, *Pubblico Ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 273 e ss. che ripercorre le tappe che hanno portato l'Assemblea Costituente a fissare questo principio e in particolare il dibattito tra l'On. Calamandrei e l'On. Leone sulla natura rispettivamente di magistrato o di organo dell'esecutivo e A. SPATARO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Lezione presso l'Università Commerciale "L. Bocconi", Milano, 28 aprile 2014 che sottolinea come, nonostante vi fosse contrasto tra i Padri Costituenti sulla natura dell'organo dell'accusa, fosse unanime nell'Assemblea la volontà di sancire a livello costituzionale il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

⁸ La pregnante definizione si deve a G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti Sistemati e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 8. Concordemente, F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, fasc. 3, p. 958, rileva: «il legislatore dell'88, al fine di evitare ogni equivoco interpretativo, ha voluto delineare i caratteri dell'archiviazione in termini nettamente antitetici rispetto all'esercizio dell'azione penale».

⁹ Ipotesi prevista dall'art. 408 c.p.p.. La valutazione sulla fondatezza della notizia di reato, implica, dato il dettato dell'art. 125 disp. att., un giudizio prognostico sulla non superfluità del dibattimento. Prima dell'intervento chiarificatore della Consulta (C. Cost., 28 gennaio - 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 586), come ricostruito da F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 612 e ss. due erano gli orientamenti circa l'interpretazione da dare alla locuzione "superfluità del procedimento": secondo un primo, superfluo dovrebbe considerarsi il dibattimento che non si chiude con la condanna dell'imputato; in base al secondo, non sarebbe superfluo il

estinto, che manca una condizione di procedibilità o che l'autore del reato è rimasto ignoto¹⁰. Tuttavia può accadere che, per le più svariate ragioni, prima tra tutte che anche l'organo dell'accusa è un essere umano e come tale passibile di errore¹¹, anche laddove ricorrano i presupposti, il pubblico ministero decida di non esercitare l'azione penale e di fare richiesta di archiviazione. Proprio dalla necessità di evitare che tale principio, traduzione sul piano processuale di quelli di libertà e uguaglianza¹², risulti privo di efficacia è necessario che l'ordinamento preveda un sistema di controllo sull'effettiva inesistenza in capo al pubblico ministero dell'obbligo di agire¹³. E quale

dibattimento instaurato per rispondere ad una situazione in cui si nutrono dubbi sull'innocenza dell'imputato. La scelta in merito all'archiviazione sarebbe dettata, quindi, in un caso dall'accertamento dell'improbabilità della condanna, mentre nell'altro dall'evidenza dell'innocenza del potenziale imputato. La Corte Costituzionale ha, invece, affermato che la valutazione circa la superfluità del processo non dovesse attenere all'esito dello stesso, ma, nei casi dubbi, dovesse risolversi nella valutazione sulla superfluità o meno dell'accertamento giudiziale. Di conseguenza, il p.m. dovrebbe procedere all'archiviazione, oltre che nel caso in cui sia evidente l'innocenza del soggetto o vi sia carenza assoluta di prove, anche nei casi di insufficienza o contraddittorietà della prova solo quando ritenga che l'accertamento nel contraddittorio delle parti non possa offrire alcun contributo. F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 612 e ss., fa notare, però, come, a seguito della riforma portata dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, sia stata sottratta al p.m. la possibilità di esprimere il proprio consenso alla richiesta di giudizio abbreviato formulata dall'imputato durante l'udienza preliminare e conseguentemente, «il p.m. deve oggi presentarsi nelle sedi processuali destinate a ospitare il rito abbreviato con materiali probatori sufficienti per una denuncia di condanna». Secondo l'Autore, quindi, non sarebbe più valida l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale dovendo il p.m. fare richiesta di archiviazione «in tutte le situazioni di insufficienza o contraddittorietà della prova». Nel senso che la regola di giudizio sia quella della superfluità o meno dell'accertamento dibattimentale si veda anche G. CECANESE, *Le regole di giudizio tra archiviazione e proscioglimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 15.

¹⁰ Queste le altre ipotesi in cui, ai sensi degli artt. 411 e 415 c.p.p., il p.m. può fare richiesta di archiviazione.

¹¹ Come nota A. MACRILLÒ, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*, in *Cass. Pen.*, 2006, fasc. 3, pp. 974 e ss. il pubblico ministero potrebbe per "dolo" o "colpa" archiviare una notizia di reato per la quale doveva essere esercitata l'azione penale o omettere di fare iscrizioni nel registro delle notizie di reato o procedere.

¹² In proposito, si confrontino, *ex multis*, M. GIALUZ, *Art. 112*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE, L. BIN, 2ª ed., Cedam, Padova, 2008, p. 1011 e G. CECANESE, *Le regole di giudizio tra archiviazione e proscioglimento*, cit., p. 13 che richiama le pronunce nelle quali la Consulta si è espressa in tal senso (C. Cost., 12-26 luglio 1979, n. 84, in *Giur. Cost.*, 1979, p. 1124 e C. Cost. 28 gennaio - 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 207). Conformemente anche V. GREVI, *Pubblico Ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. e proc.*, p. 495 che, nel ribadire l'intangibilità del principio sancito dall'art. 112 Cost., evidenzia come lo stesso, oltre ad essere attuativo sul piano processuale del principio di legalità, costituisce, come rilevato dalla Corte Costituzionale (C. Cost., 6-8 settembre 1995, n. 420, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 3274), sul terreno istituzionale «la "sede propria" della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero».

¹³ Concordemente, si vedano F. CORDERO, *Procedura Penale*, 8ª ed. Giuffrè, Milano, 2006, p. 424 e G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. pp. 9 e ss.. In particolare, ciò che i controlli sull'operato del p.m. dovrebbero scongiurare è che la scelta se esercitare o meno l'azione penale sia dettata dall'arbitrio del pubblico ministero. Al riguardo, si confronti G. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di A. BRANCA, F. PIZZORUSSO, Artt. 111-113, Zanichelli, Bologna, 1987, pp. 52 e ss.. che in proposito parla di arbitrarietà «patologica» per distinguerla da quella «fisiologica» discendente dalla necessità ineludibile per il p.m. di compiere delle scelte soggettive.

controllo potrebbe essere più efficace se non quello svolto da un'autorità terza ed imparziale quale, per stessa prescrizione costituzionale, è il giudice?¹⁴ E la scelta del controllo giurisdizionale è stata quella effettuata dal legislatore del 1988¹⁵. Avvallo è stato poi dato, oltre che dalla dottrina, dallo stesso Giudice delle leggi il quale ha sancito che «il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice»¹⁶ e che la previsione di un

¹⁴ In senso conforme, G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. pp. 9 e ss., nell'analitica disamina dei corollari che ritiene discendere dall'art. 112 Cost., afferma «se l'obbligo è quello di provocare la giurisdizione, affinché sulla fondatezza di un'ipotesi di reato si pronunci il giudice, soltanto quest'ultimo può sindacare la legittimità dell'inazione per scongiurare un governo discrezionale della *potestas agendi*» e V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, pp.13-52, ora in V. GREVI, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, a cura di L. GIULIANI, Vol. II, Tomo I, Cedam, Padova, 2011, p. 29 conferma che «si tratta di un giudice che proprio dalla sua "lontananza" rispetto ai problemi contingenti dell'inchiesta espletata dal p.m. – quindi dalla sua "neutralità" ed equidistanza dinanzi alle posizioni delle parti – trae argomento e supporto per la sua autorevolezza, necessaria all'esercizio delle sue tipiche funzioni di organo di garanzia e di controllo sullo svolgimento delle indagini preliminari (oltretutto di verifica e di decisione sui risultati delle stesse)». F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 518 e ss., invece, afferma che «ciò che si può desumere con certezza dall'art. 112 Cost. [...] è che sarebbe costituzionalmente illegittima una disciplina processuale che non prevedesse alcuna reale forma di controllo sul mancato esercizio della *potestas agendi* da parte del singolo pubblico ministero, oppure affidasse la supervisione delle sue scelte, come accadeva in epoca fascista, a un ufficio gerarchicamente sovraordinato» e che, riconosciuta questa premessa, la scelta del sistema di controllo rientra nella sfera del «costituzionalmente preferibile» sulla base dell'efficacia dello stesso. L'autore peraltro prosegue evidenziando che il controllo giurisdizionale presenta dei limiti (l'impossibilità del g.i.p. di sostituirsi al p.m. nella fase investigativa e di esercizio dell'azione penale, il rischio che il controllo si trasformi in un mero «adempimento burocratico» e la subordinazione dell'efficacia del controllo a un comportamento attivo del pubblico ministero) e pertanto ritiene che «la sola possibilità di garantire il rispetto effettivo dell'art. 112 Cost. è quella che passa attraverso l'esercizio del potere di avocazione del procuratore generale»

¹⁵ Ripercorrono la cronologia dei modelli di controllo sull'inazione del pubblico ministero F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 7 e ss.; C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 107 e ss.; F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 953 e ss. ed A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, in *Cass. Pen.*, 1998, fasc. 10, p. 2741 che evidenzia come nel progetto preliminare del codice di rito attualmente in vigore fosse solamente previsto che il giudice, laddove non intendesse accogliere la richiesta di archiviazione, potesse esclusivamente indicare al pubblico ministero di svolgere ulteriori indagini.

¹⁶ C. Cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, cit.. Conformemente: C. Cost., 23 maggio - 12 giugno 1991, n. 263, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 41. In dottrina, si confrontino, per esempio, V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 16 che al riguardo si esprime affermando che «il g.i.p. risulta investito di una specifica funzione di controllo circa la scelta dell'organo dell'accusa di «non esercizio» dell'azione penale – che è, nel contempo, funzione di garanzia circa l'osservanza del precetto costituzionale relativo all'obbligatorietà della stessa (art. 112 Cost.)». A sostegno, A. MACRILLÒ, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*, cit., pp. 978 afferma anche: «del resto, la funzione del procedimento di archiviazione, è – oltre a quella di permettere al magistrato del pubblico ministero di selezionare in prima battuta le notizie di reato per evitare processi superflui – quella di operare come meccanismo di controllo del giudice sulla scelta dell'inquirente di non esercitare l'azione penale, al fine di evitare archiviazioni negligenti o – addirittura – *contra legem*» e P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 471 che individua

controllo esterno è volta a garantire il «rispetto sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale»¹⁷. Controllo che, per poter essere effettivo, è opportuno sia accompagnato dalla predisposizione in mano dell'autorità giudicante di strumenti idonei per poter “correggere il tiro” del p.m. e indirizzarlo ad esercitare quell'azione penale che, ravvedendone i presupposti, appare come obbligatoria¹⁸.

Ma è a questo punto che entra in gioco il secondo principio costituzionale: l'articolo 111 comma secondo della Costituzione, prevedendo che il giudice debba essere terzo e imparziale, impone che lo stesso non possa sostituirsi a una parte, il pubblico ministero, ed esercitare i poteri che sono prerogativa di quest'organo¹⁹.

Da qui l'esigenza di capire fino a che punto possa estendersi il controllo del g.i.p. e la conseguente possibilità per l'autorità giudicante di intervenire sull'inazione del pubblico ministero senza per questo violare l'obbligo costituzionale, questa volta gravante in capo all'autorità giudiziale, di terzietà e imparzialità²⁰.

Prima di andare oltre e analizzare lo specifico caso di controllo giurisdizionale sottoposto al vaglio della Corte, si deve peraltro rilevare che, nel momento in cui il legislatore del 1988 ha scelto di affidare al giudice il controllo sull'operato dell'organo dell'accusa, ha anche ammesso che, in tale circostanza, il giudice inevitabilmente venga a partecipare alla funzione di esercizio dell'azione penale²¹: nel momento in cui verifica

un'ulteriore terza funzione del procedimento archiviativo ossia quella di garantire alla persona offesa dal reato il diritto di vedere effettuato un controllo giudiziale in udienza camerale sui motivi dell'inazione dell'organo dell'accusa.

¹⁷ Le parole sono sempre di C. Cost., 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 88, cit..

¹⁸ In proposito, si richiama ancora una volta, G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. p. 10 il quale ritiene che «il controllo del giudice rimarrebbe farisaica *paper-rule*, se l'ordinamento non apprestasse strumenti per ovviare all'illegittima inazione del pubblico ministero, sia nel caso in cui il mancato esercizio dell'azione penale derivi da inammissibile sottovalutazione degli elementi acquisiti, sia nel caso in cui consegua alla corretta valutazione di un'inconsistenza probatoria dovuta ad accidia investigativa». L'allusione è proprio al potere, previsto in capo al giudice dai commi 4 e 5 dell'art. 409 c.p.p., di ordinare lo svolgimento di ulteriori indagini e di imputazione coatta. Potere che è stato riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale (Cfr. C. Cost., 20-27 novembre 1991, n. 436, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1176).

¹⁹ In realtà, come la Corte Costituzionale ha precisato (con le sentenze C. Cost., 22-30 dicembre 1993, n. 474, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 1164 e C. Cost., 18-24 maggio 1967, n. 61, in <http://www.cortecostituzionale.it>), titolarità non equivale a monopolio dell'esercizio dell'azione penale, potendo il legislatore ordinario prevedere in capo a soggetti diversi il potere di esercitare l'azione penale purché siano azioni sussidiarie o concorrenti rispetto a quella del pubblico ministero. Tuttavia, il legislatore ordinario ha mantenuto il monopolio ad eccezione che per la disciplina del giudice di pace che prevede l'obbligo di formulazione dell'imputazione da parte del p.m. in caso di ricorso della parte offesa (possibilità, in particolare, lasciata aperta dall'approvazione da parte dell'Assemblea costituente dell'emendamento avanzato dall'On. Leone di soppressione dell'esplicito riferimento alla pubblicità dell'azione).

²⁰ A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 2741, rilevando come gli stessi protagonisti del procedimento di archiviazione, nei primi anni di applicazione del codice di rito, abbiano cercato di ritagliarsi il proprio ruolo, li descrive incisivamente come «tanti personaggi ancora in cerca d'autore».

²¹ Conformemente, M. PIERANGELI, *Pubblico ministero, Giudice ed esercizio dell'azione penale: tra esigenze costituzionali, conflitti di attribuzione e principio di leale collaborazione*, in *Giur. Cost.*, 2010, fasc. 4, p. 3659 e ss. rileva: «le previsioni contenute nell'attuale art. 111 Cost. non rivestono carattere assoluto, ma devono trovare opportuno bilanciamento con le esigenze, specie quelle di matrice egualitaria, che si riconnettono

l'operato dell'organo dell'accusa, il giudice si trova, infatti, anche a ripercorrere il ragionamento accusatorio del pubblico ministero per accertare se la richiesta di archiviazione è stata dallo stesso presentata nel rispetto dei presupposti indicati dalla legge, in questo modo ripercorrendo il percorso argomentativo che dovrebbe caratterizzare il ragionamento dell'organo dell'accusa²².

5. Dei confini del potere di intervento del g.i.p. ex art. 409 c.p.p.

Dopo l'inquadramento della problematica di riferimento, le Sezioni Unite arrivano quindi a presentare la più specifica questione sulla quale sono state chiamate a pronunciarsi che è proprio uno dei casi in cui al giudice è riconosciuto dal codice di rito un potere di intervento diretto a correzione di una scelta del pubblico ministero di inazione che non ritiene condivisibile. Richiamano, infatti, l'art. 409 c.p.p. laddove sancisce che il giudice, qualora non ritenesse di accogliere la richiesta di archiviazione o non reputasse inammissibile l'opposizione ad essa della parte offesa, deve fissare udienza²³ e che, al termine della quale, se ancora convinto di non accogliere la richiesta di archiviazione, può ordinare al pubblico ministero di svolgere ulteriori indagini che reputi necessarie o, in via alternativa (laddove, come sottolinea la Corte, «il g.i.p. reputi che sussistano, allo stato degli atti, gli estremi per esercitare l'azione penale») di formulare l'imputazione entro il termine di dieci giorni²⁴.

all'obbligatorietà dell'azione penale e, in particolare, alle proiezioni processuali necessarie a rendere effettiva e non solo formale siffatta affermazione di principio» e osserva come il rapporto tra pubblico ministero e g.i.p. debba declinarsi nell'ottica del principio di leale collaborazione.

²² C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Cedam, Padova, 1994, pp. 171 e ss. rileva tale partecipazione del giudice all'attività del p.m. nell'eseguire le previsioni dei commi 4 e 5 dell'art. 409 c.p.p. e sottolinea anche come non si possa ravvisare alcuna violazione della «sostanza del *ne procedat iudex ex officio*, in quanto non compromettono la terzietà dell'organo dibattimentale» dal momento tali provvedimenti spettano al g.i.p. cui non compete «intervento alcuno in un merito che [...] nulla a che fare con quella fase di mero controllo». Contrariamente, A. A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 197 e ss., dopo aver affermato come si venga a creare «in una certa misura la commistione tra la funzione giurisdizionale e quella accusatoria» e aver tratto questa conseguenza dal fatto che la logica che connatura il ragionamento del giudice in sede di valutazione della richiesta di archiviazione è quella di controllo che «implica per definizione la rivalutazione degli stessi elementi sul cui presupposto si giustifica l'emissione dell'atto oggetto del controllo», esprime dubbi sull'opportunità di aver affidato il controllo all'autorità giudicante. Si confronti anche A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 2749 che criticamente osserva: «il tutto, ancora una volta, perché non si è inteso configurare un intervento sostitutivo da parte del giudice. Ma, così facendo, si apre l'imprevedibile gamma delle possibili patologie derivanti, per un verso, dalle intrusioni del giudice all'interno di un tema che, quale è quello delle indagini, non gli è proprio; dall'altro, dalle corrispondenti resistenze del p.m., potenzialmente schiavo di una opinione di superfluità già espressa».

²³ Udienza che, come precisa il secondo comma dell'art. 409 c.p.p., deve svolgersi secondo quanto prescritto dall'art. 127 c.p.p. (procedimento in camera di consiglio).

²⁴ Le parti dell'art. 409 parafrasate dalla Corte sono quelle rilevanti per fornire risposta allo specifico quesito giuridico sottoposte e, precisamente, i commi secondo, quarto e quinto.

Il suddetto articolo (e precisamente grazie al disposto dei suoi commi quarto e quinto), come fatto notare in dottrina²⁵, implica, infatti, il riconoscimento in capo al giudice per le indagini preliminari del compito di svolgere un controllo su un duplice livello: da un lato, gli è richiesto di verificare che le indagini condotte dal pubblico ministero siano complete²⁶; dall'altro, di confermare che, dalle risultanze dell'attività investigativa, non emergano i presupposti per esercitare l'azione penale. Precisamente quello che l'art. 409 del codice di rito individua è un potere di intervento del giudice sull'operato del pubblico ministero, potere che, come visto pocanzi, deve considerarsi diretta conseguenza (a garanzia dell'effettività) del potere di controllo giurisdizionale sul dovere di agire del pubblico ministero. E quindi, il potere, previsto dal quarto comma, di indicare con ordinanza ulteriori indagini che il pubblico ministero deve svolgere sottintende che vi sia stato esito negativo della verifica del g.i.p. sulla completezza delle indagini; mentre il testo del comma quinto, nel riconoscere il potere giurisdizionale (alternativo rispetto a quello sancito dal comma quarto) di ordinare all'organo dell'accusa la formulazione dell'imputazione, presuppone che il giudice abbia ravveduto che, contrariamente a quanto sostenuto dal pubblico ministero, il giudizio non possa ritenersi superfluo. L'intenzione del legislatore del 1988, nel prevedere all'art. 409 c.p.p. la possibilità di un intervento del giudice per le indagini preliminari, è stata quella di fornire «una garanzia, non solo contro il rischio di un giudizio arbitrario del pubblico ministero in ordine alla “infondatezza” della notizia di reato, ma anche contro il rischio che a tale valutazione il pubblico ministero pervenga dopo l'espletamento di indagini superficiali o incomplete»²⁷.

²⁵ Il riferimento è a V. GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, pp. 1298 e ss. e C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 287-288 la quale riconosce che «l'art. 409 c.p.p. attribuisce al giudice per le indagini preliminari il compito di operare un doppio livello di controllo a fronte di una richiesta di archiviazione».

²⁶ Si ritiene, infatti, che il dovere di investigare debba essere riconosciuto in capo all'organo dell'accusa, come diretta conseguenza dell'obbligo di agire gravante sullo stesso. Conformemente, M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 76; M. GIALUZ, *Art. 112*, cit., p. 1023 e F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, 5ª ed., Cedam, Padova, 2010, p. 619, il quale, proprio trattando dell'art. 409 c. 4 c.p.p., afferma che «una prima forma di elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale è quella che si realizza quando il pubblico ministero omette di svolgere le indagini indispensabili per svelare la non infondatezza della notizia di reato». Di tale avviso è anche A. A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., pp. 7 e ss. che a sostegno pone il dettato dell'art. 326 c.p.p.: laddove, infatti, prevede che debbano essere svolte «le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale», poiché il termine “determinazione” «rimanda ad un'attività di giudizio, di valutazione che per sua natura è discrezionale, ma che deve necessariamente basarsi su elementi concreti e specifici sui quali possa fondarsi il convincimento dell'organo procedente», chiarisce che l'obbligo di svolgere le indagini preliminari è strumento e manifestazione dell'obbligo costituzionale sancito dall'art. 112 Cost., «in quanto tutta l'attività di indagine preliminare è diretta al fine di stabilire se debba o meno promuoversi l'azione penale».

²⁷ Si confronti C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, cit., p. 289 che però poi, nelle pagine seguenti, come si vedrà oltre, solleva anche dubbi sull'efficacia dell'intervento giurisdizionale a controllo sull'inazione del pubblico ministero manifestandosi lo stesso sotto forma di una mera indicazione.

Come si è già detto incidentalmente, il provvedimento del giudice che l'art. 409 c.p.p. prevede per ordinare al pubblico ministero di svolgere ulteriori indagini e di esercitare l'azione è l'ordinanza. Ne consegue che, dovendo le ordinanze essere sempre motivate a pena di nullità²⁸, il potere del giudice non si può intendere come limitato al mero ordine²⁹, ma altresì deve comprendere, in un caso, un'indicazione del tema e della direzione delle indagini, nell'altro, gli elementi di fatto e di diritto a sostegno della necessità di esercitare l'azione penale³⁰. Ma è quanto debba essere precisa questa indicazione e quanto vincolante a destare maggiori conflitti in dottrina e giurisprudenza³¹. Qui infatti – e soprattutto per il caso previsto dal comma quinto dell'art. 409³² – le esigenze di efficacia del controllo sulla correttezza dell'esercizio dell'azione si devono misurare con il principio di terzietà e indipendenza del giudice che gli impone di non esercitare poteri che sono prerogativa delle parti³³. Proprio perché è terreno di ponderazione tra due principi costituzionali, in diverse occasioni, è stata chiamata a pronunciarsi su questa norma la Consulta.

²⁸Chiara è l'indicazione in tal senso dell'articolo 125 c. 3 c.p.p.

²⁹ Sulla funzione della motivazione a tutela dell'efficacia del controllo giudiziale, si rimanda ad A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 2748.

³⁰ In proposito, si confronti G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. pp. 71 e ss. che, per quanto concerne l'indicazione dell'art. 409 c. 4, a sostegno dell'affermazione che «il giudice non può limitarsi ad ordinare genericamente ulteriori indagini», afferma sussistere anche «una considerazione di carattere sistematico: se non si precisa al pubblico ministero quale sia la carenza del suo impegno investigativo, non si può pretendere che questi svolga indagini aggiuntive che, di regola con la propria richiesta di archiviazione, ha dimostrato di ritenere impraticabili o inutili». In senso conforme, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 533 e ss. e A. A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., pp. 303 e ss. che osserva come, con riferimento all'art. 409 c. 4 c.p.p., debbano escludersi le due interpretazioni estreme da un lato che il giudice abbia il potere di indicare anche i singoli specifici elementi da acquisire nel corso delle ulteriori indagini, dall'altro che ogni scelta investigativa spetti al pubblico ministero per preferire una soluzione mediana secondo cui nel potere del giudice rientrerebbe l'indicazione, vincolante per il p.m., dei temi investigativi; mentre, in relazione all'art. 409 c. 5 c.p.p., l'ordine del g.i.p. dovrebbe esplicitarsi in un vincolo per il pubblico ministero circa l'esercizio dell'azione penale e non però sui singoli capi d'accusa. In tal senso anche A. MACCHIA, *La richiesta di archiviazione*, cit., pp. 2741 e ss.

³¹ Riportano degli stessi e prospettano i diversi orientamenti – non senza esprimere le proprie valutazioni – G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit. pp. 71 e ss. e F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 533 e ss..

³² F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 960 lo definisce «il momento di maggiore disarmonia tra adesione al canone costituzionale [di obbligatorietà dell'azione penale] e modello accusatorio», mentre S. FIFI, *Giudice monocratico, chiusura delle indagini e giusto processo*, in *Cass. Pen.*, 2004, fasc. 7-8, p. 2621 parla dell'ordine di imputazione coatta come «un atto dal contenuto tipico dell'azione del pubblico ministero (la richiesta di rinvio a giudizio), trasfuso, però in un atto di emanazione del giudice per le indagini preliminari, poiché in caso di mancato accoglimento della richiesta di archiviazione, è carente, per definizione, la richiesta di rinvio a giudizio».

³³ Che sia terreno di ponderazione tra due principi costituzionali è pacifico in giurisprudenza: lo riscontra, per esempio, F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 953 e ss.

6. La legittimità costituzionale dell'art. 409 comma quinto c.p.p.

La compatibilità con la Carta Costituzionale del potere di intervento dell'autorità giudicante a controllo dell'esercizio (*rectius*, rinuncia all'esercizio) dell'azione penale riconosciuto dal suddetto articolo del codice di rito, come evidenziato dalla Corte, è appunto stata oggetto di numerose questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla Consulta come, peraltro, ha suscitato perplessità in dottrina³⁴. La sentenza in commento, nel suo percorso ricostruttivo dei confini del potere di intervento che deve riconoscersi al g.i.p., ripercorre le basi poste (già a partire dagli anni '90) dalla Corte Costituzionale che, ogni volta, è sempre stata risoluta nell'affermare la legittimità costituzionale del dettato dell'art. 409 c.p.p. pronunciando l'infondatezza delle questioni sottoposte. Più specificamente, i Giudici delle leggi, iniziando con lo scolpire che il dettato dei commi quarto e quinto dell'art. 409 c.p.p., i quali riconoscono al g.i.p. il potere di ordinare al pubblico ministero lo svolgimento di nuove indagini o di formulare l'imputazione, trae legittimazione dallo stesso principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale dettato dall'art. 112 Cost. che «esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice»³⁵. Sull'inazione del pubblico ministero, la Corte Costituzionale ha poi anche precisato³⁶ che tale controllo di legalità³⁷ «non potrà che riguardare la integralità dei risultati dell'indagine, restando dunque esclusa qualsiasi possibilità di ritenere che un simile apprezzamento debba invece circoscriversi all'interno dei soli confini tracciati dalla *notitia criminis* deliberata dal pubblico ministero».

Le Sezioni Unite, analizzando questi *dictat* della Consulta, chiariscono anche che il potere riconosciuto al giudice non si pone in contrasto con il sistema accusatorio dal momento che si esplica solamente in un atto di impulso (rientrante nella funzione di

³⁴ Si confronti, per esempio, A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, cit., pp. 311 e ss., dove, con riferimento al comma quinto dell'art. 409 c.p.p., sostiene che in questa circostanza «è sostanzialmente il giudice che agisce, è il giudice che diventa accusatore» e vengono stravolte le regole del sistema accusatorio entro il quale dovrebbe informarsi il processo penale italiano a seguito del codice di rito del 1988, violando «la direttiva n. 1 della legge delega per il nuovo c.p.p. secondo cui il processo penale deve ispirarsi ai caratteri del modello accusatorio, e quindi l'art. 77 Cost. che prevede l'obbligo del legislatore delegato di uniformarsi alle direttive fissate dalla legge delega» e eccedendo la delega dal momento che nella direttiva n. 50 l'imputazione coatta non è esplicitata tra gli esiti dell'udienza che si può svolgere a seguito della richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 409 c. 2 c.p.p.. L'Autore avanza poi dei dubbi di incompatibilità del dettato dell'art. 409 c. 5 anche con riferimento all'art. 112 Cost. e, pur non tacendo l'orientamento della Consulta volto ad escludere un'esclusività della titolarità di quest'obbligo (in proposito, cfr. *supra* nota 16), eccepisce che da tale norma costituzionale deriva «il divieto di sottrazione al pubblico ministero della titolarità dell'azione in ipotesi determinate».

³⁵ Le parole sono di C. Cost. 28 gennaio – 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586.

³⁶ L'occasione è stata C. Cost. 22-30 dicembre 1993, n. 478, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1168.

³⁷ Obiettivo di tale controllo è, infatti, sempre secondo le parole della Corte Costituzionale, «verificare se, alla stregua del materiale raccolto nel corso delle indagini, sia conforme a legalità "l'inazione" del pubblico ministero» e, pertanto, «il *thema decidendum* che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità della "inazione" del pubblico ministero».

controllo demandata all'autorità giudicante) rimanendo la formulazione dell'imputazione (con la quale viene concretamente esercitata l'azione penale) prerogativa del pubblico ministero.

La Consulta ha anche chiarito³⁸ come non possano ravvisarsi profili di illegittimità costituzionale dell'art. 409 comma quinto del codice di rito per violazione dell'art. 101 Cost. laddove impone l'indipendenza funzionale dei giudici, poiché al giudice compete esclusivamente un atto di impulso mentre «il concreto promuovimento dell'azione che si esplica nella formulazione dell'imputazione, resta di competenza del pubblico ministero» e, quindi, le funzioni esercitate dai due organi restano distinte escludendo l'instaurazione di un rapporto gerarchico³⁹.

La sentenza in commento ripropone quindi le parti salienti di alcune pronunce della Corte Costituzionale che hanno ricostruito l'estensione del potere di controllo attribuito al g.i.p. in questa fase. In particolare, ricorda che la Consulta ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'ordine del g.i.p. di iscrizione nel registro degli indagati di persone non formalmente indagate, ma cui il reato risulti attribuibile⁴⁰ e ha affermato anche che la disciplina dell'imputazione coatta non si pone in contrasto con il diritto di difesa⁴¹ dal momento che è preceduta dalla trasmissione del fascicolo ai sensi dell'art. 408 c. 1 c.p.p. ed il diritto di intervento è consentito dalla disciplina generale del procedimento *ex art.* 127 c.p.p.⁴²

L'analisi delle pronunce del Giudice delle leggi in materia termina con la constatazione che le occasioni in cui è stato richiesto l'intervento della Consulta originavano da un'errata interpretazione delle funzioni, attribuite rispettivamente al p.m. e al giudice, di esercizio dell'azione penale e di controllo di legalità sullo stesso, funzioni che, al contrario, la Corte Costituzionale ha sancito essere state delineate in modo preciso e conforme al dettato costituzionale dell'art. 112 dal legislatore del 1988.

³⁸ L'occasione si è presentata in C. Cost., 23 maggio - 12 giugno 1991, n. 263, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 41.

³⁹ Sulla scia della suddetta sentenza della Corte Costituzionale, C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 171 aggiunge che «l'annullamento di un atto, un'autorizzazione denegata, come pure l'emissione di ordini di fare o non-fare o l'adozione di misure sostitutive, sono tutti possibili esiti della fase di controllo, e nessuno di essi implica necessariamente l'esistenza di un rapporto gerarchizzato tra organo controllato e controllore».

⁴⁰ La sentenza in commento fa richiamo esplicito dell'ordinanza C. Cost. 10-18 maggio 1999, n. 176, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1741 la quale, al proposito, afferma che spetta «in ogni caso al giudice il potere ove nel procedimento non figurino persone formalmente sottoposte alle indagini di disporre, nella ipotesi in cui non ritenga di poter accogliere la richiesta di archiviazione, l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. del nominativo del soggetto cui il reato sia a quel momento da attribuire».

⁴¹ Nelle ordinanze di remissione, al contrario, si interrogava la Consulta sulla legittimità costituzionale, alla luce del principio di difesa, della disciplina dell'imputazione coatta poiché non preceduta dall'avviso di conclusione delle indagini *ex art.* 415 *bis* c.p.p.

⁴² Le Sezioni Unite fanno esplicito riferimento alle ordinanze C. Cost. 17-29 luglio 2005, n. 348, in *Giur. cost.* 2005, p. 4 e C. Cost. 5-12 dicembre 2012, n. 286, in *Arch. nuova proc. pen.* 2013, fasc. 2, p. 157 con le quali le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 409 c.p.p. nella parte in cui non prevede che anche nel caso di formulazione dell'imputazione su ordine del giudice, in seguito al rigetto della richiesta di archiviazione, il p.m. debba previamente notificare all'indagato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.

7. Legittimità dell'ordine di iscrizione di un soggetto nel registro delle notizie di reato/abnormità del contestuale ordine di esercizio dell'azione penale.

La sentenza in commento passa quindi all'analisi dei precedenti della giurisprudenza della Corte di legittimità in materia e non può non partire dalla pronuncia delle stesse Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, Minervini, *Rv. 231163*) che si è espressa in tema di potere del giudice di ordinare l'iscrizione nel registro *ex art. 335 c.p.p.* di soggetti non indagati. In particolare, si sottolinea come questo precedente abbia «fornito una precisa linea di indirizzo sulla tematica dei poteri attribuiti al g.i.p. in materia di archiviazione» e lo abbia fatto reputando legittimo il provvedimento impugnato nella parte in cui ordinava al g.i.p. di iscrivere un soggetto non indagato nel registro delle notizie di reato, ma abnorme limitatamente alla parte in cui ordinava il rinvio ad altra udienza per l'ulteriore corso. La premessa a questa conclusione delle Sezioni Unite del 2005 è che i rapporti tra la magistratura giudicante e quella requirente, in sede di archiviazione, sono da definire alla luce della funzione (esercizio dell'azione penale-controllo giudiziale) e non tanto dell'oggetto del controllo riservato al giudice (intera notizia di reato ovvero sola imputazione formulata dall'organo dell'accusa). Il passo successivo è stato considerare, da un lato, che l'intervento del p.m. potesse reputarsi legittimo (rimanendo nei limiti dell'attività di controllo) laddove si esplicasse nella verifica delle indagini compiute dalla magistratura inquirente (non limitata oggettivamente alle imputazioni iscritte nel registro delle notizie di reato e soggettivamente alle persone iscritte nel medesimo registro⁴³) e, laddove non concordasse sulle decisioni conclusive del p.m., nel conseguente ordine di integrazione delle indagini (comportante, nel caso dovessero essere indirizzate nei confronti di soggetti non precedentemente iscritti nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p., l'ordine di iscrizione); dall'altro, che esorbitasse la funzione ad egli riservata dal testo costituzionale andando a sostituirsi al pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale nel momento in cui contestualmente rinviasse ad altra udienza in quanto «il provvedimento adottato dal G.i.p., in dissenso con la richiesta di archiviazione, fa tornare il procedimento nella iniziativa del P.M. il quale, nel seguire le indicazioni del G.i.p., potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri a lui attribuiti dalla legge, primo fra tutti quello di adottare le determinazioni conseguenti all'esito delle indagini espletate»⁴⁴.

Prima dell'intervento delle Sezioni Unite nel 2005, che ha riconosciuto «un'espansione e una maggiore incidenza relativa ai poteri di controllo del giudice

⁴³ Le Sezioni Unite nella sentenza Minervini giustificano tale estensione dell'ambito del controllo giudiziale in base a quanto affermato nei precedenti della Corte Costituzionale e al testo dell'art. 408 c. 1 c.p.p. dal quale fanno discendere che: «al G.i.p. è rimessa la cognizione della richiesta del P.M., non interclusa in sé, bensì in relazione a tutta l'attività svolta dall'organo inquirente».

⁴⁴ Le parole sono di Cass. Cass., Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, Minervini, cit..

sulle scelte operate dal magistrato del pubblico ministero»⁴⁵, questa affermazione non era scontata⁴⁶ potendosi riscontrare sia pronunce che consideravano abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. ordinasse al p.m. l'iscrizione nel registro degli indagati e la formulazione dell'imputazione nei confronti di un soggetto non previamente indagato⁴⁷, sia pronunce che, al contrario, ammettevano che il potere del g.i.p. previsto dall'art. 409 c. 5 c.p.p. potesse comprendere anche l'ordine di esercitare l'azione nei confronti di soggetti non ancora sottoposti ad indagini⁴⁸.

Quanto affermato nella sentenza Minervini, viene utilizzato dalla sentenza in commento come spunto per compiere un ulteriore passo esplicitando⁴⁹ una distinzione:

⁴⁵ L'osservazione è di A. MACRILLÒ, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*, cit., pp. 978.

⁴⁶ Tale contrapposizione emerge anche dall'analisi della giurisprudenza in materia ad opera di A. TRICOCI, *Art. 409*, in G. CONSO, G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, 8ª ed., Cedam, Padova, 2013, p. 1709. Si vedano, a tal riguardo, anche F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 953 e ss., il quale rileva come, prima della sentenza Minervini, potessero individuarsi tre principali orientamenti giurisprudenziali: un primo che riteneva che il controllo del g.i.p. dovesse limitarsi al contenuto della richiesta di archiviazione; un secondo che, al contrario, partendo dall'assunto che l'indagine del g.i.p. potesse estendersi oltre il contenuto della richiesta di archiviazione, ammetteva la legittimità dei provvedimenti con i quali l'autorità giudicante ordinava la formulazione dell'imputazione per fatti oggettivamente o soggettivamente nuovi rispetto a quelli adottati nella richiesta di archiviazione dal p.m. e, infine, uno mediano secondo cui dovesse considerarsi abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. ordinava l'iscrizione nel registro degli indagati di un soggetto nuovo, ma legittimo quello con il quale ordinava la formulazione dell'imputazione per un fatto nuovo a carico dell'indagato, e F. CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2005, fasc. 10, p. 2868 che osserva come tra i tre indirizzi presenti in giurisprudenza (individuati dall'autore nei due estremi rispettivamente sostenenti l'abnormalità e la legittimità del provvedimento del g.i.p. che ordinasse la formulazione dell'imputazione nei confronti di un soggetto non ancora indagato e in un terzo che considerava tale provvedimento mera notizia di reato) la sentenza Minervini abbia intrapreso una quarta via «nel senso di un deciso rafforzamento del ruolo del g.i.p., quale autorità garante del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost.» sulla quale esprime perplessità sostenendo che «nelle opinioni della suprema Corte ancora traspaiono suggestioni inquisitorie, che si estrinsecano nel riconoscimento di ampi poteri investigativi del g.i.p., anche eccedenti dal contenuto della richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero. L'equivoco è duplice: consiste nel ritenere, per un verso, che la salvaguardia del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale passi necessariamente attraverso l'espansione dei poteri del g.i.p. sul piano investigativo, per l'altro, che il principio di cui all'art. 112 Cost. costituisca l'unico valore in gioco».

⁴⁷ Si confrontino, ad esempio, Cass., Sez. II, 6 ottobre 2004, n. 41500, Marino Batà, in *Dir. e giust.* 2004, 47, p. 74; Cass., Sez. IV, 1 ottobre 2002, Foni, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3251; Cass., Sez. III, 10 febbraio 1995, n. 416, Gallo, in *Giust. Pen.*, 1996, III, p. 21.

⁴⁸ Di tale avviso sono Cass., Sez. IV, 16 aprile 2003, n. 26406, Giuseppetti, in *Arch. nuova proc. pen.* 2003, p. 437 e Cass., Sez. V, 12 luglio 2001, n. 4581, in *Cass. Pen.*, 2002, fasc. 5, p. 1726 che, in particolare, ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale il g.i.p. ordinava al p.m. la formulazione dell'imputazione per un fatto di reato differente rispetto a quello per il quale l'organo dell'accusa aveva fatto richiesta di archiviazione e per una persona non ancora indagata.

⁴⁹ La sentenza che si annota afferma l'esigenza di chiarire tale punto «non avendo la questione, anche se incidentalmente esaminata dalla sentenza, formato oggetto di uno specifico quesito sottoposto all'esame della precedente pronuncia delle Sezioni Unite». Specificamente, si ritiene che, oltre all'estratto già riportato nel testo e ripreso anche dalla sentenza in commento, la precedente pronuncia sembra implicitamente orientarsi verso la conclusione della sentenza in commento anche laddove afferma che «la

se è da ritenersi legittimo il provvedimento con il quale il g.i.p. si limita a ordinare l'iscrizione nel registro *ex art. 335 c.p.p.* di un soggetto non ancora sottoposto ad indagini, abnorme si deve invece considerare quella parte del provvedimento che, oltre all'ordine di iscrizione, disponga la formulazione dell'imputazione nei confronti di un soggetto non precedentemente iscritto e indagato⁵⁰.

Nelle parole della Corte, mentre, infatti, l'ordine di iscrivere una nuova persona nel registro degli indagati è compreso nel potere del giudice di ordinare nuove indagini sancito dall'*art. 409 c. 4 c.p.p.* in quanto presupposto, ai sensi dell'*art. 335 c.p.p.*, del corretto svolgimento delle indagini, l'ordine di esercitare l'azione penale rappresenterebbe sia «indebita ingerenza del giudice nei poteri dell'organo inquirente, non solo di indagare, a tutto campo, nei confronti della persona non contemplata nella richiesta di archiviazione, ma soprattutto di adottare autonome determinazioni all'esito delle indagini espletate», sia, per il soggetto non ancora sottoposto alle indagini, «lesione dei diritti di difesa dello stesso, non essendo la persona rimasta estranea alle indagini destinataria dell'avviso *ex art. 409, comma 1, cod. proc. pen.* e non avendo partecipato all'udienza camerale, con la conseguente *discovery* delle risultanze delle indagini»⁵¹.

8. Imputazione coatta sì, ma solo per fatti e persone previamente iscritti nel registro delle notizie di reato.

Da tale principio, le Sezioni Unite fanno discendere anche la risposta al quesito giuridico sottoposto. Specificamente, abnorme si deve anche ritenere il provvedimento con cui il g.i.p. ordina, nei confronti di persona già iscritta nel registro delle notizie di

regola ordinaria per lo svolgimento delle indagini è la previa iscrizione di una persona nel registro delle notizie di reato (v. *art. 335; art. 415, comma 2, c.p.p.*): anche il potere di disporre la formulazione di imputazione, come previsto dall'*art. 409, comma 5, c.p.p.* presuppone che la persona nei confronti della quale deve essere elevato l'addebito sia stata iscritta nel detto registro» e che, se il g.i.p. dissente dalle conclusioni del p.m. e ritiene che «che il P.M. non abbia esercitato bene l'azione penale ed allora, lungi dall'esercitarla egli stesso in contrasto con il dettato costituzionale dell'*art. 112 Cost.*, può invitarlo a compiere ulteriori indagini ed in tal caso, ove dette indagini debbano essere estese a persone non menzionate dal P.M. e/o per altri reati o per reati diversi, è giocoforza disporre che esse inizino secondo le regole, ossia sulla base degli adempimenti previsti dall'*art. 335 c.p.p.*; solo quando tali formalità siano adempiute e quindi l'attività di indagine sia stata rimessa nuovamente nelle mani e nelle valutazioni del P.M., il G.i.p. è abilitato ad emettere nuovamente i provvedimenti previsti dall'*art. 409 c.p.p.*».

⁵⁰ Le Sezioni Unite in commento ricordano anche che la giurisprudenza di legittimità, come risulta dalla ricostruzione effettuata nell'ordinanza di rimessione, sia pressoché uniforme nell'affermare tale principio. A tal riguardo, citano come esempi: Cass., Sez. V, 25 ottobre 2005, n. 27, Roncato, *Rv. 233058*; Cass., Sez. IV, 18 aprile 2008, n. 23100, Villa, *Rv. 240504*; Cass., Sez. III, 12 febbraio 2009, n. 15732, Loschiavo, *Rv. 243253*; Cass., Sez. V, 18 novembre 2010, n. 6225, ignoti, *Rv. 349294*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2010, n. 39283, Ciarmiello, *Rv. 248839* e Cass., Sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 3891, Milana, *Rv. 251578*.

⁵¹ In dottrina, tale conseguenza era stata tratta in sede di commento alla sentenza Minervini da F. CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, cit., p. 2868 che richiama C. cost., 10-18 maggio 1999, n. 176, cit.

reato, di formulare l'imputazione per reati diversi da quelli per i quali era stata richiesta l'archiviazione. Anche in questo caso, infatti, ammettendone la legittimità, secondo il ragionamento della Corte, al pubblico ministero sarebbe precluso di adottare autonome determinazioni alla luce delle ulteriori indagini che ritenga di svolgere a seguito del rilevamento da parte del giudice di ulteriori ipotesi di reato e della loro conseguente iscrizione nel registro apposito.

Come questa affermazione non fosse, prima della sentenza che si annota, pacifica lo dimostra il fatto stesso che siano state chiamate a intervenire le Sezioni Unite⁵², le quali, volendo far proprio quel rigore interpretativo che raccomandano per l'interpretazione dei commi 4 e 5 dell'art. 409 c.p.p.⁵³, fissano il difficile equilibrio tra potere di esercizio dell'azione penale (prerogativa del P.M.) e potere di controllo su di esso (compito del g.i.p.) in sede di decisione sull'archiviazione stabilendo che l'abnormità del provvedimento⁵⁴ scatti con la contestualità dell'ordine di iscrizione nel registro delle notizie di reato e dell'ordine di esercitare l'azione penale per un fatto o un soggetto non previamente iscritto. È con l'ordine di imputazione, che, infatti, nel ragionamento della Corte, in assenza di previa iscrizione della persona indagata o parimenti del fatto di reato, che il giudice compie un atto esorbitante il potere ad egli

⁵² Tale contrapposizione si rinviene anche in A. TRICOCI, *Art. 409*, cit. pp. 1707 e ss.. In particolare, conformemente al principio di diritto enunciato nella sentenza in commento si erano già pronunciate, *ex aliis*, Cass., Sez. V, 16 febbraio 2012, n. 12987, Di Felice ed altri, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2012, fasc. 4, p. 389; Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2007, n. 20198, Marinelli, in *Cass. Pen.*, 2008, fasc. 7-8, p. 2962; Cass., Sez. V, 12 luglio 2001, n. 4581, Pagni, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1726; per l'orientamento contrario si confrontino, per esempio, Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2010, n. 9005, Iannantuono, in *Foro it.*, 2011, fasc. 3, II, p. 192; Cass., Sez. I, 24 novembre 2006, n. 41207, Laccetti, in *Cass. Pen.*, 2007, fasc. 12, p. 4659 e Cass., Sez. V, 11 aprile 1994, Rubino, in *Giust. pen.*, 1995, III, p. 286 a favore delle quali si è espresso A. CASSIANI, *Sulla funzione di controllo del g.i.p. in merito alla richiesta di archiviazione del p.m.*, in *Cass. Pen.*, 2004, fasc. 9, p. 2881.

⁵³ Precisamente la sentenza in commento sancisce: «Si può, pertanto, affermare, sulla scia dell'indirizzo interpretativo già espresso dalle Sezioni Unite, che le disposizioni dell'art. 409, commi 4 e 5, cod. proc. pen., concernenti i poteri di intervento del giudice delle indagini preliminari sull'esercizio dell'azione penale, devono formare oggetto di interpretazione estremamente rigorosa, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa».

⁵⁴ Prima di enunciare il principio di diritto, la Corte si sofferma a sottolineare che il provvedimento del g.i.p. contenente l'ordine di esercitare l'azione per un fatto o nei confronti di una persona non ancora iscritti nel registro delle notizie di reato «costituisce, nel caso in esame, senza ombra di dubbio atto abnorme». Alla luce della definizione fornita, in assenza di una nozione legislativa, dalla giurisprudenza che ha fornito una definizione di atto abnorme «connotandola in negativo, nel senso che non può definirsi tale l'atto che costituisce mera violazione di norme processuali, ed in positivo, affermando che è affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e la stranezza del contenuto risulti avulso dell'intero ordinamento processuale (cosiddetta anomalia strutturale), ma anche quello che, pur essendo manifestazione di un legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite, sì da determinare una stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo ovvero una inammissibile regressione dello stesso a una fase ormai esaurita», la sentenza in commento ritiene che «afferendo la anomalia del provvedimento alla delimitazione dei poteri del giudice per le indagini preliminari rispetto alla sfera di autonomia dell'organo inquirente, con il rilevato coinvolgimento di principi di ordine costituzionale, costituisce atto abnorme il provvedimento di detto giudice che limiti i poteri di determinazione del pubblico ministero, imponendogli il compimento di atti al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal codice di rito».

riservato di impulso al P.M. ad adempiere all'obbligo di esercitare l'azione penale, in violazione dell'ordine costituzionale.

Quello che la sentenza che si annota non evidenzia è come il medesimo limite possa essere ricavato anche come conseguenza della recente ordinanza della Consulta⁵⁵ – peraltro richiamata dalle Sezioni Unite in commento a convalida dell'esclusione della lesione dei diritti dell'indagato ad opera dell'ordine di imputazione del g.i.p.. Se, infatti, il Giudice delle leggi, in tale occasione, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale presentatagli, ha affermato che non è lesivo dei principi di uguaglianza tra i cittadini, del giusto processo e del diritto di difesa l'art. 409 c.p.p. nella parte in cui non prevede, in caso di ordine di formulazione dell'imputazione da parte del g.i.p., la previa notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini (*ex art. 415 bis c.p.p.*) dal momento che comunque all'indagato sono garantiti l'accesso agli atti e la possibilità di difendersi in udienza «con un raggio di azione la cui ampiezza corrisponde a quella del *thema decidendum* fissato con la richiesta di archiviazione»⁵⁶, ne consegue, come è stato acutamente osservato⁵⁷, che tali garanzie non si producano laddove l'ordine di imputazione sia indirizzato a una persona non convocata all'udienza *ex art. 409 c. 2 c.p.p.* o concerna un fatto non previamente iscritto nel registro delle notizie di reato.

Ecco quindi che si profila sulla scena dell'art. 409 comma quinto c.p.p. un terzo principio costituzionale: il diritto di difesa. In questo terreno di incontro/scontro tra principi costituzionali, l'unico potere di intervento modificativo dell'imputazione che la giurisprudenza sembra lasciare in capo al g.i.p. è costituito dalla possibilità di riqualificazione del fatto⁵⁸, che del resto, costituendo corretta applicazione della legge,

⁵⁵ Il riferimento è a C. Cost. 5-12 dicembre 2012, n. 286, cit.

⁵⁶ Le parole sono di G. LEO, [La Corte costituzionale puntualizza vari aspetti del procedimento che culmina con l'ordine giudiziale di formulare l'imputazione](#), in *questa Rivista*, 14 dicembre 2012 che, nel commentare l'ordinanza della Consulta rileva anche come la decisione consegua a quattro constatazioni: la medesima estensione della *disclosure* degli atti da parte del pubblico ministero nel caso contemplato all'art. 415 *bis* e nel caso della richiesta di archiviazione; la possibilità anche per la persona sottoposta alle indagini avvisata dell'udienza *ex art. 409 c. 2 c.p.p.* di rendere interrogatorio sui fatti oggetto di contestazione; la possibilità per l'indagato di sollecitare approfondimenti di indagine nel corso del procedimento instauratosi ai sensi dell'art. 409 c.p.p. e la rilevazione che l'avviso di conclusione delle indagini contiene una sostanziale imputazione anche se non immutabile mentre la richiesta di archiviazione una descrizione della notizia di reato.

⁵⁷ Si confronti, a tal riguardo, quanto anticipato, già in sede di commento all'ordinanza di rimessione della Sez. V, da G. LEO, *Alle Sezioni unite, nuovamente, il problema dei poteri del giudice dell'archiviazione riguardo a fatti e persone non compresi nella richiesta del pubblico ministero*, cit. nonché preannunciato in nota alla suddetta ordinanza della Consulta (cfr. G. LEO, *La Corte costituzionale puntualizza vari aspetti del procedimento che culmina con l'ordine giudiziale di formulare l'imputazione*, cit.).

⁵⁸ Confermano che al g.i.p. spetta il potere di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, pp. 953 e ss. e M. COLAMUSSI, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, in *Cass. Pen.*, 1997, fasc. 12, pp. 3436 e ss. che osserva come, nel caso oggetto della sentenza in esame, avendo operato una riqualificazione del fatto, «non esorbita dalla sfera della sua attribuzione, visto che non disattende la richiesta di archiviazione del p.m., ma si limita – esercitando le sue funzioni di controllo, garanzia e decisione – ad operare una correzione nel contenuto del provvedimento». Non si nega sussistano poi

ius dicere, e pertanto attuazione del principio di legalità, si deve estendere a tutte le fasi del procedimento⁵⁹.

9. Problemi che restano: l'efficacia del controllo.

La via scelta dalle Sezioni Unite in commento sembra essere, alla luce dell'attuale apparato normativo, l'unica percorribile per riuscire a far coesistere e dare attuazione a tutti i principi costituzionali che vengono in gioco⁶⁰. E' fuor di dubbio che, tramite l'ordine di iscrizione del fatto e/o del soggetto prima che venga esercitata l'azione, da un lato il p.m. possa recuperare l'autonomia di svolgere indagini e autodeterminarsi circa l'esercizio dell'azione penale, dall'altro vengano tutelate le esigenze di difesa del soggetto. Il problema che persiste riguarda il terzo principio: l'obbligatorietà dell'azione penale. Se, infatti, tale principio in linea teorica sembra rispettato dalla predisposizione del controllo giudiziale che impone l'iscrizione e sollecita il pubblico ministero a svolgere ulteriori indagini, cosa ne sarebbe dell'art. 112 Cost. laddove il p.m. trascurasse di svolgere adeguatamente le indagini a seguito dell'iscrizione? Quale, quindi, la vincolatività dell'ordine del giudice? E, conseguentemente, quale l'efficacia del controllo sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale⁶¹? Si sostiene⁶² che, di fronte all'inadempimento da parte del p.m. all'ordine derivante dal g.i.p., rimedio possa essere costituito dall'estensione a questo caso dell'avocazione prevista dall'art. 412 c.p.p.. Peraltro, non si può non considerare quest'ultimo come un estremo rimedio di garantire attuazione a un principio, fortemente voluto nella Carta Costituzionale, ma che appare "malato"⁶³. "Malato" per l'inefficacia del controllo sul rispetto dello stesso; "malato", a monte,

problematiche di distinzione tra "diversa qualificazione giuridica" e "fatto diverso" per le quali si rimanda a S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene, Napoli, 2011

⁵⁹ Questo principio è stato sancito da Cass. Pen., Sez. Un., 19 giugno 1996, n. 16, Di Francesco, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 360 con specifico riferimento al caso di diversa qualificazione giuridica del fatto ad opera del g.u.p..

⁶⁰ Condivide la scelta – e il percorso argomentativo – delle Sezioni Unite in commento anche F. ALONZI, *I poteri del giudice dell'archiviazione: verso il definitivo assestamento interpretativo?*, in *Cass. Pen.*, 2014, fasc. 6, pp. 2044 e ss. che, a sostegno, afferma che la Corte di Cassazione ha seguito, nella pronuncia in analisi, «una impostazione che appare quella maggiormente in grado di contemperare i principi e le garanzie che il tema dei poteri che spettano al giudice dell'archiviazione inevitabilmente involgono».

⁶¹ Dubbi sull'efficacia del sistema di controllo predisposto dal codice di rito del 1988 sono espressi da F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., pp. 585 e ss.

⁶² *Ex multis*, si confrontino, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, pp. 568 e ss.; C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 295 e ss.; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 163 e ss. e V. BOSCO, *Indagini coatte e nuova richiesta di archiviazione: davvero necessaria l'udienza camerale?*, in *Cass. Pen.*, 2011, fasc. 4, pp. 1458 e ss.

⁶³ L'immagine è di A. SPATARO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit. che osserva anche come non debba per questo essere considerato esso la malattia da cui è afflitto il sistema-giustizia, ma, in quanto "malato", anche guaribile.

perché l'obbligatorietà diventa – talvolta necessariamente – discrezionalità⁶⁴. Ma questa è un'altra storia.

⁶⁴ In proposito della discrezionalità del pubblico ministero si rimanda a C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, cit., pp. 203 e ss. e A. SPATARO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit.