

IL PRINCIPIO DI OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE TRA INTERESSE ALLA PERSECUZIONE PENALE E INTERESSE ALL'EFFICIENZA GIUDIZIARIA (*)

di Novella Galantini

Abstract. *Pur essendo risalente il dibattito sulla concreta applicazione dell'art. 112 Cost., il tema della obbligatorietà dell'azione penale è ancora attuale alla luce dell'emergere di profili di discrezionalità nella operatività degli uffici di Procura dove la prassi dei cosiddetti criteri di priorità trova la sua fonte in direttive interne o in provvedimenti del CSM. Di non minore interesse sul piano di una concezione 'realistica' della obbligatorietà si pone l'approccio dei pubblici ministeri in sede di avocazione e nel momento genetico del procedimento. Da qui una ricerca della dimensione assunta dal principio costituzionale in sede di giustizia negoziata e in ambito internazionale ed europeo.*

SOMMARIO: 1. Azione penale obbligatoria e criteri di priorità. La 'prima fascia' di parametri – 1.1. Il secondo livello di criteri di priorità nell'esercizio dei poteri di avocazione. – 2. Obbligatorietà dell'azione e margini di discrezionalità nella iscrizione della *notitia criminis*. – 3. Le scelte in ordine alle modalità dell'azione penale e le ricadute sul diritto di difesa. Il ruolo del pubblico ministero sul piano dei procedimenti speciali. – 4. Obbligatorietà: *work in progress*.

1. Azione penale obbligatoria e criteri di priorità. La 'prima fascia' di parametri.

Se il tema della obbligatorietà dell'azione penale evoca costantemente dubbi sulla sua reale osservanza nella realtà processuale, si deve invece ritenere assodato come l'art. 112 Cost. delinei un assetto della persecuzione penale non certo in linea con la dimensione accolta nel sistema previgente dove la legge penale rappresentava la massima esplicazione della potestà sovrana dello Stato sull'individuo¹. Il principio assoluto della doverosità dell'azione, a tutela del potenziale punitivo enucleato dalla legge penale², con l'avvento della Costituzione si è convertito in un valore relativo da

(*) Testo della relazione destinata agli Atti del Convegno "Il conflitto di interessi", Milano, Università degli Studi, Centro di Ricerca Coordinato 'Studi sulla giustizia', 9 luglio 2019.

¹ O. DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Studi in onore di M. Pisani*, ed. La Tribuna, 2010, p. 323.

² O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. discipl. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 409.

relazionarsi con altri valori di rango costituzionale ai quali talvolta può 'cedere' o con i quali raccordarsi. Il potenziale conflitto tra l'interesse alla persecuzione penale e altri interessi quali l'efficienza giudiziaria presidiata dall'art. 97 comma 2 Cost., sul buon andamento della pubblica amministrazione, esteso all'ufficio giudiziario del pubblico ministero³, e l'art. 111 comma 2 Cost. sulla durata ragionevole del processo, può trovare quindi una soluzione alla luce di un bilanciamento tra i differenti valori con cui si individui quale sia l'oggetto di tutela che debba risultare preminente⁴. Il che non può prescindere dalla costruzione che è stata effettuata in sede costituzionale del principio di obbligatorietà sancito dall'art. 112 Cost., interpretato come momento di convergenza tra i principi di indipendenza del pubblico ministero, di uguaglianza e di legalità⁵. La particolare sottolineatura di quest'ultimo valore, che sancisce la legittimazione all'azione dell'organo dell'accusa, ma nel contempo ne rileva la necessaria legalità nel procedere, evidenzia come soltanto una fonte legislativa possa fondare le scelte idonee a effettuare concretamente l'equilibrio tra i diversi valori di natura costituzionale. Se l'art. 101 comma 2 Cost. stabilisce la regola della sottoposizione del giudice alla legge – senza escludere peraltro il pubblico ministero⁶ – l'art. 112 Cost. fissa come principio la necessità dell'intervento normativo nei casi in cui si prospetti utile un affievolimento dell'interesse alla persecuzione che non pregiudichi né il valore dell'indipendenza, né quello dell'uguaglianza, ma favorisca nel contempo l'interesse all'efficienza del sistema⁷.

Si sono quindi individuate le possibili soluzioni agli interessi confliggenti facendo riferimento ad istituti che consentano all'azione penale di garantire risultati operativi in base a valutazioni riferibili a parametri normativi quali quelli inseriti nella dimensione della irrilevanza o della tenuità del fatto così come recepiti dalla legislazione in materia di processo minorile, poi estesa al giudizio ordinario anche di competenza del giudice di pace⁸.

V., inoltre, M. NOBILI, *Il pubblico ministero: vecchie e recenti tendenze*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Bologna, 1998, p. 161.

Per il superamento di una concezione potestativa della giustizia, R. KOSTORIS, *Per una obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875.

³ V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, p. 10; G. SILVESTRI, *Relazione*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2006, p. 227.

⁴ O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 410.

⁵ Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88 su cui F. RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 2010, p. 132; M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2658.

⁶ Sul punto, M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari*, cit., p. 204 e N. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, in P. Biavati – C. Guarnieri – R. Orlandi – N. Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, p. 98.

⁷ In tema, M. DI NAPOLI, *Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale: il punto di vista di una procura della repubblica*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, Milano, 2009, p. 45.

⁸ In tema, L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in AA.VV., *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari – K. La Regina – E.M. Mancuso, Cedam, 2015, p. 225; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 517; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al diritto*, 4 aprile 2015; R. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare*

È evidente tuttavia come, al di là delle fattispecie richiamate, il problema della obbligatorietà si acuisce nelle scelte contingenti del pubblico ministero che, collocate propriamente nell'atto formale di esercizio dell'azione penale, si manifestano tuttavia inevitabilmente in via preliminare nel corso delle indagini e, ancora prima, nel momento della iscrizione della notizia di reato. La legalità ai fini del procedimento o della instaurazione del processo, nel richiedere quindi una base operativa costruita su parametri predeterminati, ha in qualche modo reso necessaria la individuazione di 'modelli di comportamento' ai quali si è soliti riferirsi in termini di 'criteri di priorità'. A fronte di una frequente censura della discrezionalità in concreto con la quale si ritiene gestito il *modus procedendi* dei pubblici ministeri⁹, si è inserito il risalente tema delle priorità, già oggetto di trattazione in sede di una risalente riforma ordinamentale¹⁰ e anche previsto nel programma di riforma del primo Governo Conte¹¹. Alla luce dei lamentati problemi di sovraccarico giudiziario, di carenze organizzative e di risorse di personale tecnico e amministrativo, è stato più volte giustificato il ricorso alle cosiddette 'buone prassi' nella gestione dei procedimenti penali, attuate attraverso circolari interne agli uffici di Procura nelle quali vengono indicati parametri orientativi nella gestione della tempistica, non necessariamente osservanti del criterio cronologico.

Senza voler affrontare una analitica disamina dei vari testi che nel tempo sono stati adottati nelle diverse sedi¹², tra le più note circolari sulle quali si è acceso il dibattito possono essere menzionate la Circolare Zagrebelsky del 1990¹³ e la Circolare

tenuità del fatto, in *Cass. pen.*, 2016, p. 459 ss.; G. ROSSI, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dommatici e politico-criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 537 ss.; C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*, Dike, Roma, 2015; R. TECCE, *La particolare tenuità del fatto. Dalla pena alla pena "opportuna"*, in *Archivio penale web*, 2017 n. 2, p. 1. Sul tema, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 42.

⁹ Per una sintesi delle posizioni di pubblici ministeri di diverse sedi, espresse in interviste, A. CHIRICO, *Il vero scandalo rimosso dal CSM*, in *Il Foglio*, 15 luglio 2019, p. 5. V., inoltre, A. SPATARO, *Le priorità non sono più urgenti e comunque la scelta spetta ai giudici*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3401.

¹⁰ Si tratta della riforma ordinamentale promossa con decreto ministeriale 8.2.1993 del ministro Conso, in *Atti parlamentari*, XVI legislatura, Senato, Disegno di legge recante 'Delega al Governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale'.

¹¹ Lo schema di disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile e penale e per la riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario, redatto nel 2019 durante il primo Governo Conte, prevede, nell'ambito del progetto organizzativo degli uffici del pubblico ministero delineato dai principi generali fissati dal CSM, la previsione di criteri di priorità nella trattazione degli affari (art. 24 comma 2 lett. a) e b) n. 3). V., inoltre, l'art. 15 comma 1 lett. i).

¹² Per un'ampia disamina, L. RUSSO, [I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2016; L. VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 4; G. GRASSO, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle delibere del CSM e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, III, p. 48. Inoltre, N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna, 2019, cap. 6.

¹³ Circolare della Procura della Repubblica, Pretura circondariale di Torino, 16.11.1990, "Una 'filosofia' dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali", in *Cass. pen.*, 1991, p. 362. Sul punto, G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 124.

Maddalena del 2007¹⁴, formulate dai procuratori di Torino. La prima, di poco preceduta dalla Circolare Pieri-Conti¹⁵, faceva capo a parametri individuati nella gravità dei reati, piuttosto che nella posizione della vittima o nella attualità cautelare, evidenziando la insussistenza di violazioni della obbligatorietà in quanto “il possibile mancato esercizio di una azione penale tempestiva e adeguatamente preparata per tutte le notizie di reato non infondate non deriva da considerazioni di opportunità”, ma da un limite oggettivo alla capacità di smaltimento del carico giudiziario¹⁶. La seconda, emessa a seguito della l. n. 241 del 2006 in tema di indulto, chiariva come fosse contrario “ad ogni logica” procedere in relazione a fatti consumati che rientrassero nella applicazione del provvedimento di clemenza. Comparando i due testi, accomunati dalla sottolineatura della ‘procedibilità prioritaria’ e dalla assenza di vincoli per ‘la non procedibilità’, si era pervenuti alla conclusione di una loro diversa configurazione funzionale, essendo il primo testo rivolto al passato e il secondo al futuro. La Circolare Maddalena, nella previsione di un ‘accantonamento’ dei procedimenti, invitava infatti ad un uso parsimonioso dell’azione penale, privilegiando “la strada della richiesta di archiviazione (anche generosa) ogniqualvolta essa appaia praticabile o anche solo possibile”¹⁷.

I rilievi critici sulle circolari menzionate, come su altre anche successive predisposte da vari uffici, si incentravano e tuttora muovono dalla assenza di una fonte normativa che sancisca la serie di criteri di priorità fondati su basi oggettive, con esclusione di qualsiasi incursione in dinamiche di discrezionalità. Se è pur vero che dall’art. 227 d.lgs. n. 51 del 1998, in sede di istituzione del giudice unico, o dall’art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., risultano enucleati dei parametri di trattazione differenziata, è dubbio che essi siano rivolti anche agli uffici inquirenti. In particolare, l’art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., modificato nel tempo¹⁸, prevede espressamente un elenco di criteri per la fissazione delle udienze improntati a varie esigenze delle quali riesce difficile individuare una base comune, essendo accomunate in un *unicum* fattispecie del tutto diverse, che considerano anche le diverse tipologie di reato, ora aggiornate con la recente aggiunta dei reati contro la pubblica amministrazione (art. 132 *bis*, lett. *f-bis* disp. att. c.p.p.). Né può dirsi accoglibile l’assunto circa l’osservanza della obbligatorietà nella misura in cui le circolari interne degli uffici rinviano o fanno propri i criteri individuati dalla citata disposizione di attuazione: è evidente che si tratta di parametri rapportati alla fissazione dei ruoli di udienza e alla vera e propria ‘trattazione’ dei processi, i cui destinatari sono i giudici della cognizione cui è rimesso un diverso compito organizzativo.

¹⁴ Circolare della Procura della Repubblica, Trib. Torino, 10.1.2007, in *Quest. giust.*, 2007, p. 617. In relazione alla Circolare citata, nonché alla Circolare del procuratore Caselli, M. DEGANELLO, *Notizie di reato ingestibilità dei flussi: scelte organizzative della procura torinese*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1592.

¹⁵ Circolare Pieri-Conti, 8.3.1989, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1616.

¹⁶ V., *supra*, nota 13.

¹⁷ V., *supra*, nota 14.

¹⁸ L. RUSSO, *I criteri di priorità*, cit., p. 2.

Si deve ritenere quindi che allo stato attuale non esistano regole di fonte legislativa che riguardano l'operare dei pubblici ministeri i quali si avvalgono dunque, nei singoli uffici, di direttive interne fornite dal procuratore capo anche in base alla disposizione secondo cui "il procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale... e il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio" (art. 1 comma 2 d.lgs. 106/2006). La disomogeneità ed eterogeneità delle circolari interne, cui sono vincolati i singoli sostituti, ha trovato una sorta di antidoto negli interventi del CSM che, sul fronte della normazione secondaria, pur ribadendo la necessaria vincolatività del principio *ex art. 112 Cost.* che vieta attività selettive soggettive ed arbitrarie, ha ritenuto ammissibili i criteri orientativi interni purché funzionali a scelte razionali, trasparenti e prevedibili, in una attuazione 'realistica' della obbligatorietà dell'azione penale basata su modelli virtuosi che escludano formule autorizzative a non accettabili omissioni¹⁹. Particolare rilievo ha assunto la Circolare sulla organizzazione degli uffici di Procura del 16 novembre 2017 in cui si individua la creazione di un progetto organizzativo finalizzato temporalmente anche ad accogliere i criteri prioritari e i protocolli investigativi interni in relazione a settori omogenei di procedimenti (art. 7 commi 1 e 5), non svincolato peraltro dai massimi principi costituzionali che possono essere ancorati, nell'agire del procuratore capo, ai parametri legislativi dell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. e alla 'specifica realtà criminale e territoriale' (art. 3 comma 2), nell'ottica di garantire la ragionevole durata del processo (art. 3 comma 1). Il testo, fortemente criticato dagli avvocati²⁰, è stato invece oggetto di valutazioni positive là dove opera un collegamento tra azione penale e suoi risultati ovvero consente, attraverso l'analisi dei flussi e il monitoraggio dei processi (art. 3 comma 1), la verifica degli "esiti delle azioni penali esercitate" e quindi la valorizzazione del prodotto organizzativo delle Procure²¹. Il che non toglie, come già precisava il CSM, che il richiamo ai criteri normativi non esaurisce le aree di priorità, suscettibili di essere estese secondo prudenti apprezzamenti e anche a fronte del possibile raccordo tra uffici inquirenti e giudicanti²². In sostanza è inevitabile come i moduli gestionali o le linee guida adottate dalle singole sedi giudiziarie scontino un inevitabile scarto rispetto alle esigenze generali che solo la legge può individuare in un'ottica ordinamentale di fonte democratica. Da qui le già avanzate censure al progetto di riforma che inquadrerebbe nella normativa secondaria la formulazione dei criteri di priorità²³.

¹⁹ Per le delibere del 9 luglio 2014 e dell'11 maggio 2016, L. FORTELEONI, *Criteri di priorità degli uffici di Procura*, in www.magistraturaindipendente.it, 8.4.2019.

²⁰ UCPI, *Azione penale: non basta la supercircolare*, in www.camerepenali.it, 26.11.2017.

²¹ V. FAZIO, *Uffici inquirenti, autogoverno e ruolo politico del CSM: non è mai troppo tardi?*, in *Quest. giust.*, n. 4/2017, p. 103.

²² CSM, delibera 13.11.2008.

²³ V. *supra*, nota 11. UCPI, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: l'Unione convoca gli Stati Generali*, www.camerepenali.it, 24.6.2019.

1.1. Il secondo livello di criteri di priorità nell'esercizio dei poteri di avocazione.

Ai criteri che sono stati prima richiamati, frutto di provvedimenti interni o di direttive di provenienza 'superiore', possono affiancarsi o aggiungersi ulteriori parametri tali da costituire una sorta di 'secondo livello' di priorità. Ci si riferisce ai riflessi che la disciplina in materia di avocazione può avere sotto questo profilo. Come è noto, a seguito della modifica dell'art. 407 comma 3 *bis* c.p.p. – ora tra l'altro oggetto di una eventuale modifica in sede di riforma²⁴ –, si è previsto che l'avocazione intervenga a fronte dell'inerzia del pubblico ministero nelle determinazioni finali, che dovrebbero essere assunte entro un termine, prorogabile su richiesta al Gip, dopo la conclusione delle indagini (art. 412 comma 1 c.p.p.). Se pure a fronte, nella realtà processuale, di non numerosi casi di ricorso al potere di avocazione, il CSM ha provveduto a chiarire le coordinate sulle quali si sviluppa la nuova disciplina, intervenendo per chiarire in primo luogo come l'istituto si caratterizzi in termini di facoltatività (Delibera 16.5.2018)²⁵. Premesso che già secondo l'art. 127 disp. att. c.p.p. è previsto che settimanalmente i procuratori trasmettano al procuratore generale l'elenco delle notizie di reato a carico di persone note in relazione alle quali non è stata richiesta l'archiviazione o esercitata l'azione penale, la Delibera chiarisce quale deve essere l'oggetto della comunicazione o, meglio, indica in negativo quali procedimenti per i quali sono scaduti i termini *ex* art. 407 comma 3 *bis* c.p.p., non devono essere segnalati. Tra questi ultimi compaiono "i procedimenti non indicati dalla legge o da provvedimento organizzativo del Procuratore della Repubblica come prioritari" (p. 18). Il che significa che solo i procedimenti già contrassegnati come prioritari, ma con tardiva evoluzione processuale, sono esposti alla avocazione, nel segno peraltro di una linea già adottata nella Circolare sulla organizzazione degli uffici di Procura²⁶, in cui si stabiliva che per le comunicazioni previste dall'art. 127 disp. att. c.p.p. andranno "distinti i procedimenti scaduti con indagini effettuate e quelli senza indagini o con ulteriori indagini da compiere, nonché quelli a trattazione prioritaria che non è stato possibile concludere" (art. 21 Circolare 16 novembre 2017). Nella facoltatività della avocazione si inserisce dunque una cernita dei procedimenti 'scaduti' secondo la logica di una 'discrezionalità selettiva' (Delibera, *cit.*, p. 20). In sostanza, l'avocazione disposta su procedimenti non prioritari si porrebbe in contrasto con la disciplina primaria e secondaria e sarebbe tale da travolgere le scelte legittime originariamente effettuate dai dirigenti degli uffici. Sembrerebbe da questa affermazione che i criteri di priorità stabiliti nella 'prima fascia' vengano a operare a cascata per un meccanismo implicito di omologazione. In realtà ai criteri fissati nei progetti organizzativi interni, sui quali si fonda la selezione della comunicazione *ex* art. 127 disp. att. c.p.p., può non corrispondere la serie dei criteri indicati nella Delibera, visto che quest'ultima sembra proporre ulteriori parametri. Si legge infatti nel testo: "andranno eventualmente

²⁴ V. *supra*, nota 11.

²⁵ Delibera 16 maggio 2018, *Disciplina dell'avocazione ex artt. 412 e 407 co. 3 bis c.p.p.: risoluzione in attuazione dell'art. 21 della circolare sulle Procure*, in *www.csm.it*.

²⁶ Circolare 16 novembre 2017, *cit.*

aggiunti quelli che i Procuratori generali, in sede di progetto organizzativo ovvero di protocollo con i Procuratori della repubblica, riterranno di adottare per rendere razionale l'esercizio del potere di avocazione" (Delibera, cit., p. 20). Non solo quindi "le scelte di priorità...effettuate dagli uffici di primo grado, producono effetti anche per l'organizzazione della Procura generale"²⁷, ma gli stessi criteri di selezione diventano estensibili, se pure nella "finalità di assicurare una effettiva attuazione dell'istituto attraverso una utilizzazione sostenibile e trasparente che responsabilizzi tutti gli attori del sistema" (Delibera, cit., p. 20), in linea con quanto prevede l'art. 6 d.lgs. n.106/2006 sul potere di vigilanza della Procura generale ai fini del puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale e del giusto processo.

Un ulteriore profilo che evidenzia i margini di discrezionalità dell'avocazione è rinvenibile nella distinzione tra inerzia 'effettiva' o solo 'meramente apparente' (p. 14), fondata sul fatto che al pubblico ministero sia o meno addebitabile il ritardo nelle proprie determinazioni avendo riguardo a "fattori esogeni" o a "un fisiologico stallo procedimentale" che abbiano inciso sulle sue iniziative, nonostante l'adempimento tempestivo degli incombeni propedeutici alla definizione del procedimento (Delibera, cit., p. 16). Si vengono così a costituire ulteriori criteri selettivi che, se pure a fronte della affermazione circa l'operatività della avocazione "come *extrema ratio*" (Delibera, cit., p. 29), compongono un assetto che difficilmente può astrarsi dalla discrezionalità.

2. Obbligatorietà dell'azione e margini di discrezionalità nella iscrizione della *notitia criminis*.

Anche su questo fronte, i rimedi a quello che si ritenuto essere un insostenibile carico giudiziario determinato dalle scarse risorse tecniche e amministrative, si sono ravvisati di fatto nelle scelte operative dei singoli uffici di Procura, alla luce della modifica intervenuta sull'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 106/2006 che ha attribuito al Procuratore della Repubblica il compito di assicurare "l'osservanza delle disposizioni relative alla iscrizione delle notizie di reato". È noto come, al di là di una frequente definizione della registrazione della *notitia criminis* quale 'atto dovuto', molte variabili intervengano nell'operato del pubblico ministero che, già nel momento della conoscenza, acquisita o pervenuta, dell'ipotizzato fatto di reato, deciderà se iscrivere, con quali modalità e in quali tempi. Si tratta di scelte che non trovano una fonte normativa ma che si basano sui criteri di priorità già prima menzionati, solo astrattamente delimitati all'esercizio formale dell'azione.

La previsione di una iscrizione che avviene 'immediatamente' o dal momento in cui risulta il nome della persona (art. 335 c.p.p.), non trova riscontro nella realtà dove, come si è chiaramente evidenziato, l'indirizzo verso un modello di iscrizione che determini una registrazione soggettiva (modello 21, noti), piuttosto che l'apertura di uno scorcio di indagine non definito (modello 44, ignoti) o, ancora, la concreta

²⁷ Risoluzione 11 maggio 2016, citata nella Delibera 16 maggio 2018, p. 7.

previsione della insussistenza di illeciti (modello 45), promuovono oppure no un *iter* procedimentale dagli assetti diversificati²⁸. Le differenti opzioni, che si generano anche per il solo enunciato di una disposizione di attuazione sulla comunicazione delle notizie di reato al pubblico ministero, dove si indica la mera eventualità dell'iscrizione (art. 109 disp. att. c.p.p.), non possono non tradire una discrezionalità, solo attenuata dalle direttive interne al singolo ufficio, che talvolta rinviano ai parametri normativi già citati ma che, non per questo, possono escludere la disomogeneità di trattazione dei procedimenti tra le diverse sedi territoriali. Già la creazione, presso alcuni uffici, di una sezione per la definizione di affari semplici (S.D.A.S.) o di un Ufficio Portale²⁹, strutture operative che si occupano della pronta trattazione di reati seriali o di rapida definizione³⁰, viene giustificata come 'modalità organizzativa' funzionale all'efficienza che non esclude tuttavia diversificazioni di competenza tra una sede e un'altra³¹.

Che l'iscrizione valutativa di cui al citato art. 109 disp. att. c.p.p. vada calibrata secondo alcuni criteri è stato affermato da una Circolare che ha suscitato particolare interesse alla luce dei suoi non convenzionali contenuti. Si tratta del provvedimento con cui l'ex procuratore di Roma ha stabilito direttive ispirate alla negazione del *favor inscriptionis* quale principio di base, che si opporrebbe ad una lettura 'meccanica' dell'art. 335 c.p. quale fonte di automatismo della iscrizione³². Escluse iscrizioni soggettive affrettate che possano determinare effetti pregiudizievoli all'immagine della persona coinvolta anche sul piano mediatico o favorire usi strumentali da parte dell'offeso dal reato, si sottolinea quale debba essere il nucleo fondante di una corretta iscrizione a modello 21. Esclusi i meri sospetti e richiesti gli 'specifici elementi indiziati, si rileva la necessità di un 'livello minimo di specificazione e qualificazione di un fatto, prima del quale è possibile solo una iscrizione nel registro degli atti non costituenti notizia di reato (modello 45). L'apertura di procedimento contro ignoti, contrassegnato dalla iscrizione a modello 44, viene poi prospettata a fronte di presunti illeciti che si caratterizzino nel profilo soggettivo di attribuzione, dovendosi accertare, in relazione a reati propri il 'carattere specificante' con riferimento a posizioni apicali attraverso 'necessarie e doverose verifiche in ordine alla esistenza di deleghe o alla sussistenza di specifici ruoli, come nei casi di colpa medica.

Le linee che contraddistinguono la circolare, positive in particolare sull'ultimo profilo evidenziato e sul fine di evitare il 'danno da iscrizione' ex 335 c.p.p. che ha tra

²⁸ Sul tema, l'ampia analisi di E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in *Quest. giust.*, n. 1/2018, p. 14 s.

²⁹ Ufficio Portale (già S.D.A.S.), www.procura.milano.giustizia.it.

³⁰ CSM, *Gli uffici per la definizione degli affari semplici*, www.csm.it.

³¹ V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino, *Criteri organizzativi 2015-2018 e Criteri di organizzazione dell'Ufficio* 8.10.2018-31.12.2019.

³² Circolare n. 3225/17, del 2 ottobre 2017, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*, sulla quale E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero*, cit., 16. Inoltre, D. STASIO, *No a iscrizioni frettolose, Pignatone sfata la leggenda dell'atto dovuto*, in *Questione giustizia on line*, 17 ottobre 2017.

l'altro trovato riscontro in sede giurisprudenziale³³, possono tuttavia prestarsi ad una duplice lettura. Mentre da un lato l'esclusione di una immediata iscrizione genera l'effetto favorevole di una ponderata valutazione dei fatti, dall'altro, in quel contesto ancora 'neutro' che precede l'atto formale della iscrizione, possono essere compiuti atti investigativi destinati talvolta a pesare sulle successive fasi processuali. Se è vero infatti, come ha affermato la Corte costituzionale, che l'iscrizione della *notitia criminis* ha natura meramente ricognitiva e non costitutiva dello *status* di indagato³⁴, il diritto di difesa si integra già nella sede preprocedimentale, con tutti gli effetti che ne possono scaturire in punto di vizi processuali da violazione delle regole sull'intervento difensivo. Il tema riguarda in particolare gli atti irripetibili che, compiuti in assenza di iscrizione della notizia di reato, sono ritenuti utilizzabili nonostante la mancata difesa³⁵. È evidente che il problema non riguarda un eventuale potere del Gip di retrodatazione della iscrizione, non previsto nell'ambito del suo ruolo di garanzia delle 'buone indagini' e del quale pure si è auspicata l'introduzione³⁶. Il controllo sul momento iniziale della iscrizione influirebbe infatti *ex post* sulla utilizzabilità degli atti compiuti fuori dal termine ricalcolato (art. 407 comma 3 c.p.p.), mentre rimarrebbe scoperto il momento antecedente l'iscrizione in cui, pur in presenza di una notizia di reato di fatto già soggettivizzata, il pubblico ministero potrebbe investigare come se ancora la stesse cercando, a ciò peraltro legittimato dall'art. 330 c.p.p.³⁷. Sotto questo profilo la 'ponderata tardività' dell'iscrizione, vista *in bonam partem* nella Circolare citata, rischia di generare effetti pregiudizievoli sul diritto di difesa in termini di utilizzabilità successiva di atti non partecipati, salvo richiamare il principio affermato dalla Corte costituzionale secondo cui, se pure in relazione all'uso di prove formate in incidente probatorio, è ammessa per il giudice la "possibilità di sindacare la concreta utilizzabilità della prova assunta" a fronte di "qualsiasi comportamento omissivo addebitabile al pubblico ministero quanto al momento della individuazione della qualità di indagato"³⁸.

³³ Cass. Sez. 6, 15.12.2015 n. 4973 secondo cui "l'iscrizione sul registro ex art. 335 c.p.p. costituisce di per sé un danno".

³⁴ Corte cost. 22 luglio 2005 n. 307.

³⁵ Cass. Sez. II, 24.9.2008, n. 37708, rv 242094. sulla utilizzabilità del risultato di prelievi di tracce biologiche, senza osservanza delle garanzie difensive, nel procedimento contro ignoti. V., inoltre, Cass. Sez. II, 24.11.2011 n. 45929, rv. 251373; Cass. Sez. I, 30.4.2015 n. 18246, rv 263858; Cass. Sez. I, 23.11.2018 n. 52872, rv 275058, su cui R. CAPPITELLI, *Prova scientifica e limiti al diritto al contraddittorio ancora all'attenzione della Suprema Corte*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1057. V., inoltre, sulla ammissibilità del prelievo nei confronti di terzi estranei all'indagine, Cass. Sez. I, 1 luglio 2019, n. 28538.

³⁶ Disegno di L. n. 1440, presentato al Senato il 10 marzo 2009, presentato dal Ministro della giustizia Alfano di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze Tremonti.

³⁷ In tema, volendo, N. GALANTINI, *Diritto di difesa e difetto di potere investigativo nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, p. 124.

³⁸ Corte cost. 12 maggio 1994 n. 198: "qualsiasi comportamento omissivo addebitabile al pubblico ministero quanto al momento della individuazione della qualità di indagato potrà dar luogo a conseguenze di ordine processuale, ivi inclusa, appunto, la possibilità di sindacare la concreta utilizzabilità della prova assunta senza la presenza del difensore; il tutto in una linea diretta anche a valorizzare

Su questo assetto, normativo e giurisprudenziale, all'insegna di un equilibrio tra discrezionalità e *tempus inscriptionis*, potrebbe incidere la recente riforma del cosiddetto 'Codice rosso'³⁹ che, quanto meno in relazione ai reati di violenza domestica, inserisce obblighi più stringenti sulla comunicazione della notizia di reato (art. 347 comma 3 c.p.p.) e sulla assunzione di sommarie informazioni dall'offeso, denunciante e querelante, che deve avvenire entro tre giorni dalla iscrizione (art. 362 comma 1 *ter* c.p.p.). Il che ha già peraltro comportato problemi organizzativi a fronte del rilevante numero di casi, come ha segnalato il Procuratore Capo di Milano ⁴⁰.

3. Le scelte in ordine alle modalità dell'azione penale e le ricadute sul diritto di difesa. Il ruolo del pubblico ministero sul piano dei procedimenti speciali.

Se quanto si è osservato circa la scelta dei criteri o del tempo di esercizio dell'azione penale, influisce sul profilo della efficienza giudiziaria, allo stesso modo si deve considerare se le modalità del suo esercizio abbiano a loro volta un ruolo su questo piano. Senza dimenticare poi che la ricerca di un bilanciamento tra l'interesse alla persecuzione penale e altri interessi di rango costituzionale non può prescindere da quell'ulteriore valore costituito dal diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.). Si profila così su più fronti l'incidenza del ruolo del pubblico ministero nel decidere se e come agire. Richiamando quanto la Corte costituzionale ha stabilito affermando che i riti speciali, da un lato, trovano il loro fondamento nel diritto di difesa⁴¹ e, dall'altro, sono funzionali all'efficienza del sistema⁴², si deve considerare, nella logica

l'interesse dell'imputato a disporre della prova che si riveli per lui favorevole pure se assunta in violazione del combinato disposto degli artt. 238, primo comma, e 403 del codice di procedura penale".

V. inoltre, Corte cost. 16 maggio 1994 n. 181: "è il caso di sottolineare che è rimessa all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria la individuazione di quali persone, in relazione all'atto da assumere, debbano essere considerate "indagati", in quanto raggiunte da elementi indizianti".

³⁹ L. 19 luglio 2019, n. 69, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.

⁴⁰ *Corriere della sera*, 3 settembre 2019, p. 16.

⁴¹ Corte cost. 29 maggio 2019 n. 131 secondo cui: "Coerentemente con l'affermazione, risalente a epoca immediatamente successiva all'introduzione del vigente codice di procedura penale, secondo cui la richiesta di riti alternativi "costituisce [...] una modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)" (sentenza n. 237 del 2012) (sentenza n. 141 del 2018), questa Corte ha più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni del codice di rito nella parte in cui non consentivano all'imputato di essere rimesso in termini al fine di esercitare la propria eventuale opzione per un rito alternativo allorché, in esito al giudizio celebrato con rito ordinario, gli venisse contestato un fatto nuovo o un reato concorrente che risultava già dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, e che pertanto il pubblico ministero ben avrebbe potuto contestargli già in quel momento, sì da porlo in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa in merito alla scelta del rito (in particolare, sentenza n. 265 del 1994, in relazione al patteggiamento, e sentenza n. 333 del 2009, in relazione al rito abbreviato)".

⁴² Corte cost. 29 maggio 2019 n. 131, cit.

dell'equilibrio tra i diversi interessi in gioco, non solo quando o con quali criteri l'azione viene promossa, ma anche come viene esercitata⁴³.

Già in relazione ad un aspetto, che potrebbe considerarsi marginale, è emerso come sia influente l'intervento del pubblico ministero nella definizione del procedimento di impugnazione attraverso l'accordo sui motivi di appello, reintrodotta con la riforma del 2017 (art. 599 *bis* c.p.p.). In base a direttive delle procure generali, che evocano ancora una volta il modello dei criteri di priorità in base all'art. 599 *bis* comma 4 c.p.p., si sono poste le basi per una discrezionale gestione del c.d. patteggiamento in appello, tanto da essersi sostenuto che lo strumento della direttiva è tale da produrre un "significativo impatto sul principio di legalità processuale"⁴⁴. Al di là di questa specifica ipotesi, il punto richiama il tema della ammissibilità del rito speciale a fronte della scelta della fattispecie penale posta dal pubblico ministero a base della imputazione, nonché la praticabilità 'tardiva' di alcuni procedimenti alternativi a seguito di nuove contestazioni o comunque di modifiche della imputazione⁴⁵. Al riguardo basti pensare alla recente legge di riforma del rito abbreviato, escluso per i fatti puniti con l'ergastolo⁴⁶, secondo cui il Giudice dell'udienza preliminare è tenuto a revocare l'ordinanza ammissiva del rito se, in seguito alla nuova contestazione, si debba procedere per delitti puniti con questa pena (art. 441 comma 1 *bis* c.p.p.)⁴⁷.

Si tratta di un tema risalente, relativo al possibile recupero del rito alternativo, quale l'abbreviato, il patteggiamento o la sospensione con messa alla prova⁴⁸, al quale, sulla base delle note pronunce di illegittimità costituzionale, l'imputato può accedere nel corso del procedimento ordinario a seguito di una modifica della imputazione che renda ora ammissibile, anche se tardiva, la sua richiesta. Le nuove contestazioni e quindi l'iniziativa del pubblico ministero, sono quindi determinanti al fine di consentire oppure no una scelta processuale alternativa che rende effettivo un diritto della persona e nel contempo assolve alla funzione di efficienza del sistema⁴⁹.

Il ruolo del pubblico ministero sotto questo profilo è stato oggetto di un recente caso in cui un soggetto imputato di ricettazione, confessando in dibattimento di essere

⁴³ Sul rapporto tra principio di obbligatorietà e riti alternativi, visto come "profilo sostanzialmente nuovo rispetto a quelli tradizionalmente posti dall'art. 112 Cost.", già si esprimeva G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità*, cit., p. 129.

⁴⁴ E. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello e le direttive dei procuratori generali*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1806.

⁴⁵ Sul tema, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996; S. MARCOLINI, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, Pisa, 2018, ai quali si rinvia per l'ampia bibliografia in tema.

⁴⁶ Art. 1 l. n. 12.4.2019 n.33 che introduce il comma 1 *bis* all'art. 438 c.p.p.

⁴⁷ L'accesso al rito potrebbe avvenire in seguito alla modifica della qualificazione giuridica ad opera del Gup (art. 429 comma 2 *bis* c.p.p.).

⁴⁸ Per la sospensione con messa alla prova, Corte cost. 5 luglio 2018 n. 141, sulla illegittimità dell'art. 517 c.p.p. là dove non consente all'imputato di chiedere il rito in caso di contestazione di circostanza aggravante. V. il commento di G. TESSITORE, *Sulla possibilità di formulare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel caso di nuova contestazione in dibattimento di una circostanza aggravante*, in *Cass. pen.*, n. 5-6/2019, p. 2010 e V. ZAPPULLA, [La prima \(ma non ultima\) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2018, p. 241 ss.

⁴⁹ Che i procedimenti speciali mirino a conseguire un effetto deflattivo sul carico della giustizia penale, è affermato da Corte cost., 29 maggio 2019 n. 131, cit.

l'autore del furto, ha indotto il giudice a sollecitare l'organo dell'accusa a modificare l'imputazione. A fronte del rifiuto di quest'ultimo, il giudice, preso atto della giurisprudenza che esclude la diversità del fatto tra furto e ricettazione⁵⁰, ha sollevato questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'UE in base alla direttiva 2012/13/UE sul diritto alla informazione nei procedimenti penali⁵¹. La richiesta era mossa al fine di poter ammettere l'imputato al patteggiamento in base alla riqualificazione del fatto e non su nuova contestazione del pubblico ministero, che era stata richiesta ma non effettuata. La Corte ha risposto negativamente richiamando la direttiva citata la quale non sarebbe di ostacolo alla disciplina interna che consente il patteggiamento 'tardivo' solo in caso di mutamento del fatto e non in caso di modifica del titolo del reato⁵².

In sostanza, una diversa definizione giuridica non sarebbe idonea a riaprire il termine per la richiesta del rito speciale pur a fronte di un ampio potere di riqualificazione del fatto riconosciuto al giudice⁵³ anche in sede di giudizio di legittimità, come risulta in noti casi giurisprudenziali, dove si è sottolineata la necessità della contestazione in contraddittorio della diversa fattispecie⁵⁴. Il non accoglimento della questione, se pure in rapporto alla direttiva evocata, sembra tuttavia porsi contro la prospettiva del diritto di difesa accolta dalla Corte costituzionale che ha recentemente affermato la 'incoerenza' di 'qualsiasi preclusione' che limiti l'esercizio concreto di questo diritto quando "il sistema ammetta una *mutatio libelli* in sede

⁵⁰ Cass. Sez. IV, 6.5.2019 n. 18793.

⁵¹ Trib. Brindisi, ord. 20 ottobre 2017, proc. n. 1607/15, Giud. Biondi, in questa *Rivista*, 2 gennaio 2018, con nota di G. CENTAMORE, [Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto: un'interessante ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea](#), *ivi*, fasc. 1/2018, p. 37 ss.

Sui limiti del potere giudiziale di riqualificare il fatto in sede di patteggiamento, A. SANNA, *Il 'patteggiamento' tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2018, p. 124 e, per gli effetti in ambito di ricorso per cassazione, F. GIUNCHEDI, *Procedimenti speciali e sistema delle impugnazioni*, Pisa, 2019, p. 48.

⁵² Sentenza della Corte (Prima sezione) del 13 giugno 2019, causa C-646/17, procedimento penale a carico di Gianluca Moro – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Brindisi. La Corte ha dichiarato che l'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, e l'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ostano a una normativa nazionale in forza della quale l'imputato può domandare, nel corso del dibattimento, l'applicazione di una pena su richiesta nel caso di una modifica dei fatti su cui si basa l'imputazione, e non nel caso di una modifica della qualificazione giuridica dei fatti oggetto dell'imputazione (dispositivo pubblicato in Senato.it, Attività non legislativa, Documento XIX n. 49; il testo della sentenza è in [curia.europa.eu](#)).

Per la sintesi della pronuncia UCPI, Osservatorio Europa, *È compatibile con il diritto dell'Unione europea il diverso regime difensivo in caso di modifiche in fatto e in diritto del capo d'accusa*, 18.6.2019, in [unionecamerepenali.it](#).

V. i primi commenti di A. CAPITTA, *Iura novit curia e messa alla prova*, in *Archivio penale web*.

⁵³ In tema, A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione del fatto nel processo penale*, Padova, 2010 e S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011.

⁵⁴ Corte Edu, Sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, su cui R. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in cassazione e obbligo di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1514; P. FELICIONI, *Correlazione tra accusa e sentenza: il principio iura novit curia e la sentenza Drassich c. Italia*, in AA.VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito – D. Chinnici, Padova, 2016, p. 187.

dibattimentale”⁵⁵. Se dunque l’intervento del pubblico ministero si profila imprescindibile, ciò manifesterebbe l’esercizio di una sua discrezionalità tale da generare la preclusione al diritto dell’imputato di accedere al rito premiale⁵⁶. La pronuncia della Corte di giustizia lascia quindi aperta la questione, evocata in dottrina, sui limiti di una disciplina che trova un fondamento, talvolta irragionevole o ingiustificato, nella distinzione tra diversità del fatto e non corrispondenza del *nomen iuris*⁵⁷, per trarne conseguenze limitative del diritto ad una alternativa processuale più favorevole che lo stesso modello di processo ha posto quale contrappeso alle modalità di accertamento, necessariamente articolate, del giudizio ordinario. La soluzione può essere tuttavia ravvisata nella pronuncia della Corte costituzionale in tema di sospensione con messa alla prova, nella quale si è stabilito che, alla richiesta del rito rigettata, può seguire la revoca del provvedimento di diniego da parte del giudice e l’ammissione al procedimento a fronte della riqualificazione giuridica operata dallo stesso giudice⁵⁸. Pur riconoscendo infondata la questione di legittimità degli artt. 464 *bis* comma 2 e art. 521 comma 1 c.p.p. – dove non prevedono la possibilità disporre il rito quando, in esito al giudizio, il fatto di reato, su sollecitazione dell’imputato, venga diversamente qualificato così da rientrare in uno di quelli contemplati dall’art. 168 *bis* comma 1 c.p. – la Corte ha ritenuto che “un tale pregiudizio al diritto di difesa non è univocamente imposto dalle disposizioni censurate”. Esse in realtà “ben si prestano ad essere interpretate in modo da evitare quel risultato...che si risolverebbe in un evidente *vulnus* dell’art. 24 secondo comma Cost., oltre che dello stesso principio di uguaglianza”⁵⁹. In questa logica è consentito “al giudice di ammettere l’imputato al rito alternativo che egli aveva suo tempo richiesto nei termini di legge e di garantirgli i benefici ad esso connessi, assicurando che l’errore compiuto dalla pubblica accusa non si risolva in un irreparabile pregiudizio a suo danno”. La soluzione indicata, che vale a correggere l’erroneo apprezzamento da parte del pubblico ministero...circa la qualificazione giuridica del fatto”, appare “l’unica in grado di assicurare un risultato

⁵⁵ Corte cost. 11 aprile 2019 n. 82, in questa *Rivista*, 15 aprile 2019, con nota di F. CASSIBBA, [Contestazione dibattimentale del reato connesso e patteggiamento: una nuova dichiarazione d’illegittimità costituzionale dell’art. 517 comma 1 c.p.p. dai forti toni programmatici](#); E. APRILE, *Facoltà di chiedere il patteggiamento in caso di nuova contestazione di reato concorrente emerso in dibattimento*, in *Cass. pen.*, n. 8/2019, doc. 314.1 e M. ROSSI, *La Consulta pone le basi per il definitivo superamento della preclusione all’accesso ai riti consensuali in ogni caso di modifica dell’imputazione in dibattimento*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1034.

⁵⁶ G. CENTAMORE, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica*, cit., p. 49.

⁵⁷ Sul punto, M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell’accusa ex art. 6 Cedu: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, p. 175. V., inoltre, T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 857; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto*, cit., p. 79 ss. e G. FIORELLI, *L’imputazione latente*, Torino, 2016, p. 82 ss.

Il tema del rapporto tra fatto e diritto è stato trattato nel sempre attuale scritto di G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.

⁵⁸ Corte cost. 29 maggio 2019 n. 131, cit.

⁵⁹ Corte cost. 29 maggio 2019 n. 131, cit.

ermeneutico compatibile con i parametri costituzionali evocati⁶⁰. Sembra quindi che, quanto meno per la sospensione con messa alla prova, la richiesta dell'imputato che era stata respinta per via della incompatibilità del beneficio con i limiti di pena previsti, possa essere riproposta tardivamente in caso di erronea definizione della fattispecie corretta poi dal giudice, il quale "è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita dall'accusa ed eventualmente a modificarla ove non la ritenga corretta, traendone le conseguenze sul piano della ricorrenza del beneficio"⁶¹. Si tratta di una soluzione ragionevole alla luce dei fini della misura e del suo impatto con la funzionalità del sistema, tanto che già in alcune sedi giudiziarie, i protocolli di intesa tra le diverse parti promuovono la possibilità del rito a fronte della riqualificazione del fatto di reato⁶². Il ruolo del giudice e dei suoi poteri di definizione della fattispecie parrebbe allora lo strumento per ricondurre ad equilibrio i diversi interessi in gioco.

4. Obbligatorietà: *work in progress*.

Dai profili tracciati emerge come il principio di obbligatorietà dell'azione penale debba affrontare ancora le sfide che da sempre lo affliggono in un sistema che deve coordinare la necessaria repressione degli illeciti penali con l'uguaglianza di trattamento di chi ne sia responsabile, perché sia attuata quella *equal protection clause*⁶³ che l'art. 112 Cost. sottende alla luce della interpretazione costituzionale⁶⁴. A mezzo tra la soluzione data dai criteri di priorità, "più comoda... ma meno aderente al dettato costituzionale"⁶⁵, e meccanismi di nuova formulazione⁶⁶, l'obbligatorietà soffre talvolta anche il confronto con altre fattispecie omologhe, ma altrimenti declinate, che in altri contesti europei muovono verso una discrezionalità 'tecnica' o 'mirata'⁶⁷ o perseguono forme di obbligatorietà temperata, come nel caso delle soluzioni cercate a suo tempo

⁶⁰ Sulla assenza di una disposizione equivalente all'art. 141 comma 4 *bis* disp. att. c.p.p., che consente la rimessione in termini per la richiesta di oblazione in caso di modifica dell'originaria imputazione, Corte cost. n. 131, cit.

⁶¹ Cass. Sez. IV, 31.7.2018 n. 36752 e Cass. Sez. IV, 3.2.2016 n.4527. In tema, F. GAITO, *Messa alla prova per adulti e qualificazione del fatto: istruzioni per l'uso*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1.

⁶² V. ad esempio, tra i documenti più recenti, il protocollo per l'applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova, sede giudiziaria di Pisa, 16.4.2019 n. 965/19 e le Linee guida per la sospensione del procedimento e messa alla prova, Tribunale di Firenze, 9.5.2019, n. 6229.

⁶³ Sul punto, il sempre attuale studio di V. VIGORITI, *Pubblico ministero e discrezionalità dell'azione penale negli Stati Uniti d'America*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, p. 264.

⁶⁴ Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit.

⁶⁵ G. D'ELIA, *sub art. 112*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, p. 2135.

⁶⁶ V. *supra*, nota 8.

⁶⁷ Circa le recenti modifiche intervenute nel sistema processuale penale francese – orientato al modello della opportunità dell'azione penale (artt. 40 e 40-1 *code proc. pén.*) – in relazione all'accrescimento di poteri del pubblico ministero nelle scelte finali e al corrispondente potere di controllo del giudice, J. PRADEL, *Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur*, Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, *La Semaine Juridique – Edition générale*, n. 15, 15 avril 2019, doct. 406; J. PRADEL, *Le prix à payer pour une procédure pénale efficace. Esquisse d'une analyse économique*. *Dalloz, Actualité*, 2017, p. 1986.

nel progetto di *Corpus Juris* a tutela degli interessi finanziari dell'UE⁶⁸ e ora tradotte in un modello di procura europea dove le formule sull'azione risultano piuttosto fluide⁶⁹.

Tutto ciò senza considerare i mutamenti genetici che il concetto di azione penale sta subendo nel diritto penale internazionale ed europeo, dove gli strumenti di coordinamento delle giurisdizioni finalizzati ad evitare duplici perseguimenti *in idem*, si concretizzano nel trasferimento dei procedimenti all'estero o nell'assunzione all'interno del processo straniero (art. 746 *ter*-746 *quater* c.p.p.) ovvero, anche in ambito europeo⁷⁰, nella ripartizione concordata delle competenze giurisdizionali dei vari Stati interessati alla instaurazione o prosecuzione del processo per via dei propri criteri di punibilità extraterritoriale di condotte penalmente rilevanti⁷¹. Da qui il quesito se e come l'azione penale 'ceduta' (art. 746 *quater* c.p.p.) possa ancora avvalersi del concetto di obbligatorietà ovvero se il suo mancato o perduto esercizio rientri ancora nel perimetro del principio di legalità. Alle scelte legislative di introdurre soluzioni ai conflitti di giurisdizione o di aprire il sistema al trasferimento dei procedimenti, pare

⁶⁸ Cfr. R. SICURELLA, *Il Corpus Juris: elementi per una procedura penale europea*, in G. Grasso (a cura di), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, pag. 77; M. PANZAVOLTA, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 196; L. PARLATO, *Su due aspetti del diritto di difendersi provando in dimensione europea*, in AA.VV. *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 678; N. PARISI, *La procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *Quaderni europei*, gennaio 2013, n. 48.

⁶⁹ Regolamento UE 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»). *Considerando 66*: "Al fine di garantire la certezza del diritto e combattere efficacemente i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, è opportuno che le attività di indagine e relative all'azione penale dell'EPPO siano informate al principio di legalità, per cui l'EPPO applica rigorosamente le norme stabilite nel presente regolamento riguardanti, in particolare, la competenza e il suo esercizio, l'avvio delle indagini, la chiusura delle indagini, il rinvio di un caso, l'archiviazione del caso e le procedure semplificate di azione penale". V., inoltre, Sezione 3, Norme relative all'azione penale. Sul tema, F. RUGGIERI, *L'impatto culturale e giuridico del pubblico ministero europeo (EPPO)*, *The cultural and legal impact of the EPPO: the perspective of the Italian system*, in *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali: dalle esperienze investigative dell'Olaf all'istituzione del procuratore europeo*, 2014, p. 227; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 10; L. CAMALDO, *L'istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, n. 3/2018, p. 958; L. PRESSACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, *ivi*, n.12/2018, p. 4399; F. SPIEZIA, [Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust](#), in questa *Rivista*, 29 maggio 2018.

⁷⁰ Con d.lgs. 15.2.2016 n. 29 si è trasposta nel sistema italiano la Decisione quadro 2009/48/GAI del Consiglio 30.11.2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. In tema, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.* 2016, p. 3028; G.M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitti di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, n. 9, p. 991; N. GALANTINI, *Diritti e conflitti di giurisdizione*, in AA.VV., *Processo penale e regole europee*, a cura di F. Ruggieri, 2016, p. 113.

⁷¹ In tema, C.M. PAOLUCCI, *Trasferimento dei procedimenti penali*, in AA.VV., *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano, 2018, p. I, VII, p. 357; L. KALB, *Procedimenti paralleli e giurisdizione concordata: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio giudiziario europeo e in quello internazionale)*, in *Archivio penale web*, 7 maggio 2018; N. GALANTINI, *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 2, p. 595.

sia sotteso il criterio della efficienza dell'azione, comunque promossa, purché efficace negli esiti⁷². La titolarità formale del potere di azione da parte di un organo territoriale cederebbe quindi di fronte alla effettiva attuazione del principio che, in un contesto internazionale o europeo, vivrebbe così una diversa dimensione. Il quesito se ciò possa bastare a sancire la compatibilità delle nuove discipline con il dettato costituzionale, riconduce ancora una volta al tema del conflitto tra interessi diversi, la cui soluzione può forse essere anche qui ricercata in un problematico, ma necessario, bilanciamento tra i diritti che solo la legge può tutelare.

⁷² Questo profilo emergeva già nelle Linee guida di Eurojust del 2003 (Linee guida per decidere a quale giurisdizione compete l'azione penale) e nel Libro verde sui conflitti di competenza del 2005 (COM(2005)696). Nello stesso senso, Decisione quadro sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione, 2009/948/GAI: *“nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato”* (Considerando n. 12).